Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer Gemeinschaft und diejenige eines geschäftsführenden Gesellschafters

nach BGB. im Vergleiche zu der gemeinrechtlichen eines Geschäftsführers einer communio und einer societas

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

ACAD. LUDOVICIANA BIBL.

vorgelegt von

Hugo Möller,
Referendar.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1903.

Meinen lieben Eltern.

Inhalt.

Einleitung.

Die gesetzliche Regelung der Geschäftsführung:

§ 1. Bei der Gemeinschaft und communio.

§ 2. Bei der Gesellschaft und societas.

Erster Teil.

Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer Gemeinschaft nach BGB. im Vergleich zu der gemeinrechtlichen des Geschäftsführers einer communio.

Erster Abschnitt.

Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer Gemeinschaft nach BGB.

§ 3. Geschäftsführung durch einen Teilhaber.

§ 4. Verbindlichkeiten desselben.

§ 5. Rechte desselben.

Zweiter Abschnitt.

Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer communio nach gemeinem Recht.

§ 6. Geschäftsführung durch einen Teilhaber,

§ 7. Verbindlichkeiten desselben.

§ 8. Rechte desselben.

Dritter Abschnitt.

§ 9. Unterschiede zwischen der rechtlichen Stellung des Geschäftsführers einer Gemeinschaft nach BGB. und der gemeinrechtlichen des Geschäftsführers einer communio.

Zweiter Teil.

Die rechtliche Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters nach BGB. im Vergleich zu der gemeinrechtlichen des Geschäftsführers einer societas.

Erster Abschnitt.

Die rechtliche Stellung des Geschäftsführenden Gesellschafters nach BGB.

§ 10. Verbindlichkeiten desselben.

§ 11. Rechte desselben.

Zweiter Abschnitt.

Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer societas nach gemeinem Rechte.

§ 12. Verbindlichkeiten desselben.

§ 13. Rechte desselben.

Dritter Abschnitt.

§ 14. Unterschiede zwischen der rechtlichen Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters nach BGB. und der gemeinrechtlichen des Geschäftsführers einer societas.

Einleitung.

Gesetzliche Regelung der Geschäftsführung.

§ 1.

Bei der Gemeinschaft nach BGB. und der communio nach gemeinem Recht.

Den beiden Formen, welche das gemeine Recht für die nicht mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Personenvereinigungen kannte, der durch Vertrag begründeten societas und der zufällig entstandenen communio, entsprechen im BGB. die Gesellschaft (§ 705 fg.) und die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 741 fg.). Wie im gemeinen Recht die societas,[1] so wird nach dem BGB. die Gesellschaft dadurch begründet, dass mehrere Personen sich durch einen Vertrag gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Und wie das gemeine Recht bei der Mitberechtigung mehrerer Personen an einem gemeinschaftlichen

1) s. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II S. 724.

Gegenstand von einer communio, so redet das BGB. von einer Gemeinschaft, wenn ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht, wenn nur dieses Recht selbst, nicht auch ein Vertrag, das Band zwischen den einzelnen Teilhabern bildet.

Einer besonderen Regelung bedarf bei der communio und Gemeinschaft sowohl wie bei der societas und Gesellschaft die Geschäftsführung, d. h. die Frage, wer von den Mitberechtigten zur Führung der in gemeinschaftlichem Interesse vorzunehmenden Geschäfte befugt ist. Nicht zu verwechseln damit ist die Frage, wem die Vertretungsmacht zusteht, d. h. das Recht, Dritten gegenüber Rechtshandlungen vorzunehmen, aus denen sämtliche Beteiligte unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden.

Naturgemäss hat die Geschäftsführung bei der Gemeinschaft und communio eine weit geringere Bedeutung, als bei der Gesellschaft und societas. Bei diesen gilt es, auf ein gemeinsames Ziel hinzustreben. Dies kann allerdings in der blossen Vermögensvereinigung liegen und mit Herstellung derselben erreicht sein, meist aber wird die Vermögensgemeinschaft nur das Mittel zu einem weiteren Zwecke sein, dessen Förderung ausserdem noch eine gewisse Tätigkeit von Seiten mindestens eines socius erfordert, ganz abgesehen von den Gesellschaften, bei denen eine Vermögensvereinigung überhaupt nicht eintritt und die Gesellschafter sich gegenseitig nur zur Leistung von Diensten verpflichten. Bei der communio dagegen, wo es an einem solchen Zwecke fehlt, wo lediglich die gemeinsame res das

Band zwischen den einzelnen Teihabern bildet, wird sich die gesamte gemeinsame Tätigkeit auf diesen einzelnen Gegenstand beschränken, darauf, denselben zu erhalten und für die Gewinnung der seiner natürlichen und wirtschaftlichen Bestimmung nach aus ihm zu ziehenden Früchte und Nutzungen Sorge zu tragen, ihn zu „verwalten", wie das BGB., dem Sprachgebrauch folgend, sich ausdrückt.

Das BGB. bestimmt im § 744: „Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Teilhabern gemeinschaftlich zu." Dies ist der in positive Form gekleidete Satz des römischen Rechts: „Potior est conditio prohibentis." Die Verwaltung soll grundsätzlich nur durch übereinstimmenden Beschluss aller Teilhaber bestimmt werden. Sobald darnach nur einer Widerspruch erhebt, hat die von den übrigen beabsichtigte Massregel zu unterbleiben, ein gegen seinen Willen mit Bezug auf den gemeinschaftlichen Gegenstand abgeschlossenes Rechtsgeschäft ist ihm gegenüber unwirksam. Ist derselbe verändert worden, so kann er Schadensersatz verlangen, gemäss § 249 Wiederherstellung des früheren Zustandes, ohne dass es, wie im gemeinen Recht, nötig wäre, dass die Beseitigung der Veränderung allen Teilhabern zugute kommt.[1]

Kommt ein solcher vom Gesetze vorgesehener gemeinsamer Beschluss zustande, so wird bei der vom BGB. angenommenen Formlosigkeit des Gesellschaftsvertrages zwischen den Teilhabern ein

---

1) Vgl. unten S. 14.

der Gesellschaft ähnliches Verhältnis entstehen, ohne jedoch u. E. ein solches wirklich zu sein. Denn das durch den gemeinschaftlichen Beschluss zwischen den Teilhabern entstandene Verpflichtungsverhältnis zur Durchführung des Beschlusses beruht nicht auf einem Vertrag, sondern auf Gesetzesvorschrift. Ein dem § 744 Abs. 1 entsprechender Beschluss ist vorhanden, sobald sämtliche Teilhaber die beabsichtigte Verwaltungsmassregel genehmigen. Eine Verpflichtung zur Förderung derselben, die wichtigste Voraussetzung des Gesellschaftsvertrages, ist durch die Zustimmung bei Fassung des Beschlusses an sich nicht enthalten. Erst der § 748 (vgl. unten S. 15 fg.) zieht die Konsequenz, die sich aus dem Vorhandensein eines solchen Beschlusses für sämtliche Teilhaber ergeben muss, dass nämlich alle zur Förderung des gemeinschaftlichen Zweckes durch anteilige Zahlung der Kosten beitragen müssen, mag dieses bei der Fassung des Beschlusses in der Absicht der einzelnen zustimmenden Teilhaber gelegen haben oder nicht.

Der Inhalt des Beschlusses, die Art der Verwaltung ist völlig in die Hand der Teilhaber gegeben. Sie können die Verwaltung selbst führen oder sie einem Fremden oder einem aus ihrer Mitte übertragen. Letzterenfalls würde vielleicht ein modifizierter, die Mitberechtigung des Geschäftsführers berübksichtigender Vertrag geschlossen werden, regelmässig wird aber ein gewöhnlicher Auftrag oder ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegen, nach deren Grundsätzen die rechtliche Stellung des

Geschäftsführers sich richtet, ohne weitere Beachtung dessen, dass er Mitberechtigter ist. Er ist vor allem nicht, wie oben gezeigt, Geschäftsführer einer Gesellschaft, es steht ihm daher im Zweifel nicht auch ohne weiteres Vertretungsmacht zu, sondern nur, wenn und soweit sie ihm übertragen ist oder sich aus einem anderen Rechtsverhältnis ergibt.[1]

Um aber den aus dem Prinzipe der Gemeinschaftlichkeit der Verwaltung in der Praxis sich etwa ergebenden Schwierigkeiten zu begegnen, hat das BGB. Erleichterung insoweit eingeführt, als es ausser der schon im gemeinen Recht von vielen anerkannten Befugnis eines jeden Teihabers, die zur Erhaltung des Gegenstandes notwendigen Massregeln ohne Zustimmung der anderen zu treffen, auch Regelung der Verwaltung durch Mehrheitsbeschluss zulässt. Ein solcher ordnungsmässiger Beschluss ist für alle Teilhaber bindend, auch für diejenigen, die dagegen gestimmt haben. Insbesondere bei Rechtsgeschäften mit Dritten, die von der Mehrheit ordnungsmässig beschlossen sind, haben sie ihre Zustimmung zu geben. Letztere kann nicht etwa durch die der Majorität ersetzt werden, da dieser ein Recht zur Vertretung der Minderheit nicht zusteht, vielmehr muss bei Versagung der Zustimmung auf diese geklagt werden, worauf sie dann gemäss § 894 CPO. mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt. Letztenfalls, bei Mangel auch eines Mehrheitsbeschlusses, kann auch durch Richterspruch eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem

1) Vgl. Planck zu § 744.

Ermessen entsprechende Verwaltung angeordnet werden, sobald ein Teilhaber eine solche verlangt hat. Nur darf durch Mehrheitsbeschluss und Richterspruch eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes nicht beschlossen oder verlangt werden.

Auch nach gemeinem Recht wird die Geschäftsführung bei der communio von allen Teilhabern gemeinsam ausgeübt. Dies folgt aus dem in der l. 28 D comm. div. 10,3 enthaltenen Grundsatz; In re pari potior est causa prohibentis.[1] Ein jeder der mehreren Berechtigten soll darnach befugt sein, durch seinen Widerspruch alle die communio berührenden Handlungen der übrigen zu verhindern.

Gegen chikanose Ausübung dieses Rechts durch einen einzelnen bietet das gemeine Recht weit weniger Schutz als das BGB., doch finden sich auch in ihm darauf abzielende Bestimmungen, so die in der l. 28 D comm. div. 10,3 getroffene, dass ein socius, der die Vornahme einer Veränderung an dem gemeinsamen Gegenstande hindern konnte und dies unterlassen hat, nachher nicht die Beseitigung derselben, sondern nur Schadloshaltung fordern kann. Selbst wenn diese Voraussetzung nicht vorliegt, und er die Errichtung durch seinen Widerspruch nicht hindern konnte, kann er Entfernung nur verlangen, wenn sie im Interesse der Gemein-

---

1) Papinianus libro septimo quaestionum. Sabinus ait in re communi nemirem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse; in re enim pari potiorem esse causam prohibentis constat.

schaft liegt. l. 26 D de serv. praed. urb. 8,2. Sed per communi dividundo actionem consequitur socius, qui minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.

Ferner darf jeder das zur Erhaltung Erforderliche selbständig vornehmen.[1]

§ 2.

Gesetzliche Regelung der Geschäftsführung bei der Gesellschaft.

Die Vornahme der zur Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes einer Gesellschaft erforderlichen Geschäfte steht nach BGB., wie nach gemeinem Rechte[2] mangels besonderer Vereinbarung allen Teilhabern gemeinschaftlich zu, für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller erforderlich, BGB. § 709, Abs. 1. Diese gesetzliche Regelung greift aber nur dann Platz, wenn in dem Gesellschaftsvertrage keine besondere Bestimmung über die Geschäftsführung getroffen ist. Hierin haben die Gesellschafter volle Freiheit. Sie können insbesondere die Geschäftsführung einem oder mehreren Fremden und einem oder mehreren aus ihrer Mitte übertragen. Ersterenfalls liegt je nach der Art des Vertrages ein Auftrag oder Dienst- oder Werkvertrag vor, letzterenfalls

1) Vgl. Glück, Kommentar Bd. 11 S. 138, Dernburg, Pandekten I S. 156. Sintnis dagegen, Zivilrecht Bd. 2 § 122 Anm. 12 und mit ihm Thalmessinger, Tüb. Diss. 1899 lhaten diese Bestimmung nur für Bauwerke gegeben und eine Ausdehnung für unzulässig.

2) Vgl. Treitschke, Die Lehre von der Gewerbegesellschaft S. 36.

hat man jedoch auseinanderzuhalten: 1. Die Geschäftsführung ist ihm nicht als Gesellschafter, sondern unabhängig von dem Gesellschaftsvertrage übertragen. Dann unterscheidet sich seine Stellung in nichts von der jedes anderen Mandatars, Dienst- oder Werkverpflichteten. 2. Die Geschäftsführungsübertragung bildet einen Teil des Gesellschaftsvertrages selbst, ein oder mehrere Gesellschafter haben die Führung der Geschäfte als ihr besonderes Gesellschaftsrecht und ihre besondere Gesellschaftspflicht übernommen. Dann charakterisiert sich deren Stellung als eine besondere, aus der Gesellschaft als solcher, nicht aus einem Auftrag oder Dienst- oder Werkvertrag sich ergebende. Nur die so mit der Geschäftsführung Vertrauten nennt man im eigentlichen Sinne die geschäftsführenden Gesellschafter.

Erster Teil.

Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer Gemeinschaft nach BGB. im Vergleich zu der gemeinrechtlichen des Geschäftsführers einer communio.

Erster Abschnitt.

Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer Gemeinschaft nach BGB.

§ 3.

Geschäftsführung durch einen Teilhaber.

Wie bereits erwähnt, geht das BGB. von dem Grundsatze aus, dass die Geschäftsführung bei der Gemeinschaft den Teilhabern gemeinschaftlich zusteht. Es kann also, von den zur Erhaltung der gemeinschaftlichen Sachen erforderlichen Massnahmen abgesehen, kein Teilhaber gegen den Willen der übrigen eine Handlung, die den gemeinschaftlichen Gegenstand betrifft, selbständig vornehmen.

Ist aber ein Teilhaber, wenn kein Widerspruch erfolgt ist und auch nicht zu erwarten steht, auf

Grund seiner Mitberechtigung befugt, Massregeln zu treffen, die, ohne zur Erhaltung der res communis geradezu notwendig zu sein, dem Interesse aller Beteiligten entsprechen?

Eine ausdrückliche Vorschrift darüber enthält das BGB. nicht v. Seeler[1] bejaht die Frage. Er stellt den Satz auf: „Jeder einzelne Teilhaber darf, wenn Widerspruch weder vorliegt noch zu erwarten steht, in Ansehung der gemeinsamen Sache solche tatsächliche Verfügungsakte vornehmen, deren Gestattung er von seinen Genossen hätte verlangen können. Zu allen diesen tatsächlichen Dispositionsakten ist jeder einzelne Teilhaber an sich ex communione berechtigt, unrechtmässig wird ein solcher Akt erst dann, wenn ein Verbot ihm entgegentritt." Daraus ergibt sich für v. Seeler, dass der eigenmächtig Verwaltungshandlungen vornehmende Teilhaber Ersatz seiner Aufwendungen nicht als Geschäftsführer ohne Auftrag, sondern nach Spezialvorschriften zu fordern hat.

Anderer Ansicht ist dagegen Planck.[2] Nach ihm kann jeder Teilhaber gemäss § 745 Abs. 2 nur die Vornahme der dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechenden Massregeln von den übrigen fordern, aber kann sie nicht ohne weiteres selbst mit der Wirkung vornehmen, dass die anderen Teilhaber ihm unbedingt zum Ersatze seiner Aufwendungen verpflichtet wären. Ein solcher Anspruch stehe ihm vielmehr nur nach

1) Das Miteigentum nach dem BGB. S. 6 fg.
2) Kommentar zum BGB. II. Erl. zu § 748.

Massgabe der Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag zu.

Und in der Tat wird man den Standpunkt Planck s für richtig halten müssen. Die positive Fassung des § 744 ergibt deutlich, dass nur die Teilhaber gemeinschaftlich zur Verwaltung berechtigt sein sollen, es braucht daher nicht erst, wie wir für das gemeine Recht noch feststellen werden,[1] Widerspruch von Seiten eines Teilhabers erfolgt zu sein, um die eigenmächtige Tätigkeit des anderen als unberechtigt erscheinen zu lassen. Für die von v. Seeler den Teilhabern zugesprochene Befugnis liegt u. E. auch keine Notwendigkeit vor. Es ist im § 745 jedem Mitberechtigten, sofern nicht die Regelung der Verwaltung durch Vereinbarung und Mehrheitsbeschluss erreicht ist, die Möglichkeit eingeräumt, die Anordnung einer dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechenden Verwaltung durch Richterspruch zu erlangen. Versäumt er es, einen solchen einzuholen, so kann er sich auch nicht beklagen, dass er nicht besser gestellt wird als jeder für die Gemeinschaft ohne Auftrag tätig werdende. Seiner Stellung als Mitberechtigter ist durch die Gewährung der Möglichkeit der Angehung des Richters genügend Sorge getragen.

Etwas anderes ist es, wenn ein Teilhaber solche Verwaltungsmassregeln getroffen hat, die entweder durch Vereinbarung, durch Mehrheitsbeschluss oder durch Richterspruch bestimmt

1) Vgl. unten S. 35.

worden sind. Hat er dabei Unkosten gehabt, die über das Verhältnis seines Anteils an dem gemeinschaftlichen Gegenstand hinausgehen, so kann er dafür unmittelbar auf Grund des § 748 von den übrigen anteiligen Ersatz verlangen, ohne an die Voraussetzungen des Ersatzanspruchs bei der Geschäftsführung ohne Auftrag gebunden zu sein. Dies war im Entwurf I, § 766, Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen, wurde aber von der Redaktionskommission gestrichen, ohne dass zu ersehen wäre, ob deshalb, weil es selbstverständlich sei oder aus welchen anderen Gründen. Aus der jetzt vorhandenen Fassung des § 748 in Verbindung mit allgemeinen Grundsätzen folgert Planck, unter Aufnahme der für das gemeine Recht[1] geltenden Grundsätze von der Geltendmachung der Ansprüche durch actio negotiorum gestorum oder actio communi dividundo, je nachdem die Handlung teilweise vorgenommen werden konnte, oder nicht, Folgendes: „Handelt es sich um Lasten oder Kosten, für welche die Teilhaber einem Dritten nach Verhältnis ihres Anteils haften, so folgt aus der im § 748 bestimmten Verpflichtung jedes Teilhabers unmittelbar, dass er, wenn ein anderer die Verbindlichkeit berichtigt hat, diesem gegenüber nach Verhältnis seines Anteils zur Ausgleichung verpflichtet ist; die Vorschrift des § 426, Abs. 2 findet hierbei[2] Anwendung.

1) BGB. Erl. zu § 748.

2) Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schulden auf ihn über.

Handelt es sich um Lasten oder Kosten, für welche die Teilhaber einem Dritten nur nach Verhältnis ihres Anteils haften, so kann ein Teilhaber, welcher den Anteil eines anderen berichtigt hat, von diesem nur Ersatz verlangen, wenn er dazu beauftragt war, oder wenn die Voraussetzungen eines Ersatzanspruchs nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen.

Handelt es sich, ohne dass eine Verbindlichkeit der Teilhaber gegenüber einem Dritten vorliegt, um die Aufwendung von Kosten zu den im § 748 bezeichneten Zwecken, so kommt es darauf an, ob die Massregeln, welche diese Kosten erfordern, nach Massgabe der §§ 744, Abs. 1, 745 gültig beschlossen sind und ob der Teilhaber, welcher die Kosten aufgewendet hat, mit der Ausführung jener Massregeln beauftragt gewesen ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der betr. Teilhaber Ersatz nach den Vorschriften über den Auftrag, anderenfalls nur nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag fordern.

Dies letztere können wir nicht für richtig halten. Uns scheint aus § 748 hervorzugehen, dass in jedem Fall derjenige Teilhaber, welcher die Kosten solcher Massregeln bestritten hat, die auf Grund einer durch Einstimmigkeit, Mehrheitsbeschluss oder Richterspruch geregelten Verwaltung vorgenommen wurden, auch unmittelbar von den übrigen anteiligen Ersatz verlangen kann, ohne dabei auf die Grundsätze der negotiorum gestio angewiesen zu sein. Ist einmal die Verwaltung dem

Gesetze gemäss geregelt, so muss, falls niemand besonders beauftragt ist, jeder das Recht haben, die Durchführung der beschlossenen Massnahmen durch Zahlung der Kosten zu beschleunigen. Nicht die Tätigkeit des Gechäftsführers als solche verpflichtet die übrigen zum Ersatz, sondern die Regelung der Verwaltung, die für sie bindend ist.[1]

Fassen wir jetzt das Ausgeführte zusammen, so dürften sich für das BGB. folgende Grundsätze ergeben:

1. Hat ein nicht mit der Geschäftsführung für die Gemeinschaft beauftragter Mitberechtigter wegen solcher Geschäfte Unkosten gehabt, welche nach Massgabe einer durch Übereinstimmung, Mehrheitsbeschluss oder Richterspruch getroffenen Regelung ausgeführt wurden oder die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendig waren, so kann er von den übrigen auf Grund des § 748 Ersatz verlangen.

2. Hat ein Teilhaber nicht auf Grund einer sämtliche Mitberechtigte bindenden Regelung, aber ohne Widerspruch seitens eines derselben die Geschäfte für die Gemeinschaft geführt, so ist seine rechtliche Stellung nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu beurteilen.

So sind wir zu jenem Ergebnis gelangt, das v. Rümelin als der Billigkeit entsprechend für erforderlich hält, dass nämlich die Ersatzklage des

1) Dieser Ansicht sind auch Enneccerus und Lehmann, 1. Bd. S. 674.

2) Zur Lehre von der Teilung der Rechte, Iherings Jahrb. Bd. 16.

§ 748 der Ergänzung durch die negotiorum gestio bedürfe, weil bei dieser die Voraussetzung für den Ersatz weiter gefasst sei als bei der Gemeinschaft, wo nur in Bezug auf die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache ein Ersatzanspruch erteilt wäre.

Macht nun ein Teilhaber den unter 1. bezeichneten Anspruch geltend, so haben ihm gemäss § 256 die übrigen den auf ihren Anteil entfallenden Teil der Kosten nebst Zinsen von der Zeit der Aufwendung an zu zahlen, die Zeit jedoch ausgenommen, für welche dem Geschäftsführer die Nutzungen und Früchte des gemeinschaftlichen Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, wenn also die übrigen Teilhaber von dem ihnen nach § 743 zustehenden Recht, einen ihrem Anteil entsprechenden Bruchteil der Früchte zu verlangen, keinen Gebrauch machen. Ist er ferner zum Zwecke einer der Regelung entsprechenden oder notwendigen Verwaltung eine Verbindlichkeit eingegangen, so kann er von jedem der übrigen verlangen, dass er nach dem Verhältnisse seines Anteils einen Teil der Verbindlichkeit übernehme, ev., wenn die Schuld noch nicht fällig ist, dafür Sicherheit leiste, § 257.

Im Falle 2. stellt sich die rechtliche Stellung des Geschäftsführers nach den §§ 677—687 folgendermassen dar:

§ 4.

Verbindlichkeiten desselben.

Das BGB. bestimmt im § 677: „Wer ein Geschäft für einen Anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmasslichen Willen es erfordert.“ Auf unseren Fall angewendet, muss also der Geschäftsführer einer Gemeinschaft die Geschäfte so führen, wie es dem objektiven Interesse aller Beteiligten entspricht, aber er muss auch Rücksicht nehmen auf den subjektiven Willen eines jeden einzelnen. Sobald er von einem objektiv zu billigenden Geschäfte weiss oder wissen muss, dass auch nur einer der übrigen es nicht vorgenommen wissen will, muss er es unterlassen. Unternimmt er ein solches trotzdem, so fällt ihm schon dadurch ein Verschulden zur Last, mag er es auch mit der grössten Sorgfalt ausführen. Ist also ein Schaden daraus entstanden, so muss er denselben auf jeden Fall ersetzen. Anders dagegen im Falle zulässiger Übernahme fremder Geschäfte ohne Auftrag, resp. der Geschäfte der Gemeinschaft. Hier tritt die Schadensersatzpflicht nur dann für ihn ein, wenn er die Geschäfte nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wahrgenommen hat. Dies ist aber auch der Massstab, der an alle seine Handlungen gelegt wird, nicht ist etwa eine Beschränkung seiner Verantwortlichkeit auf solches nicht grob fahrlässige

Verschulden gegeben, das in Ausserachtlassung der in seinen eigenen Angelegenheiten von ihm angewendeten Sorgfalt besteht. Aus der Pflicht der sorgfältigen Ausführung der Geschäfte ergibt sich auch, dass er einmal übernommene zu Ende zu führen hat,[1] wenn durch sein Zurücktreten Schaden entstehen würde, während er sonst nicht dazu verbunden ist.

Schadet er anlässlich seiner Geschäftsführung dem gemeinschaftlichen Gegenstande durch eine Handlung, die nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen auch für jeden Fremden die Verpflichtung zum Schadensersatze herbeiführen würde, so ist neben den Anspruch aus seiner Geschäftsführung auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der unerlaubten Handlung nach § 823 begründet.

Bedient er sich bei Ausübung des Geschäfts eines Gehülfen, so hat er dessen Verschulden in gleichem Umfange zu vertreten wie sein eigenes, er hat also dafür einzustehen, dass auch dieser mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorgehe, § 278 BGB.

2. Ist allerdings, wie wir gesehen haben, einem Teilhaber in gewissen Grenzen gestattet, Geschäfte für die Gemeinschaft zu führen, so muss es doch im Interesse sämtlicher Mitberechtigten liegen, sobald als möglich davon Kenntnis zu erlangen,

---

1) Vgl. Planck, Erl. zu § 677 No. 2.

damit sie ev. noch durch ihren Widerspruch eine weitere Tätigkeit verhindern können, wenn solche gegen ihren Willen geht. Der Geschäftsführer hat daher, sobald es tunlich ist, die Übernahme der Geschäftsführung den übrigen anzuzeigen und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, deren Entschliessung abzuwarten § 681 BGB. Erhebt dann auch nur einer Widerspruch, so hat er natürlich jede weitere Besorgung zu unterlassen. Unterlässt er die Anzeige schuldhaft, so muss er für den daraus entstehenden Schaden einstehen, auch wenn ihn weiter kein Verschulden trifft.

Ferner hat der Gestor gemäss § 681 Satz 2 in Verbindung mit § 666 BGB. den Mitberechtigten, auch ohne dass diese sie verlangen, die „erforderlichen Nachrichten" zu geben. Welche Nachrichten erforderlich sind, ergibt sich für den einzelnen Fall aus der Eigenart des Geschäfts.[1] Es soll durch diese Vorschrift den übrigen Gelegenheit geboten werden zur Wahrung ihrer Interessen, zur Erteilung von Anweisungen u. dgl. Es wird insbesondere hierher gehören die Anzeige von der Beendigung eines Geschäfts, weil doch damit meistens eine Veränderung in der Vermögenssphäre der Beteiligten eingetreten sein wird und diese ein Interesse daran haben, dieselbe möglichst vollständig überblicken zu können.

---

1) Vgl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse zu § 666.
2) Weyl I S. 467.

Auf Verlangen hat der Geschaftsführer zu jeder Zeit Auskunft über den Stand des von ihm vorgenommenen Geschäfts zu erteilen und nach Beendigung der Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen. Ist die Verwaltung des Gegenstands mit Einnahmen und Ausgaben verbunden gewesen, so hat er den übrigen eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen und auch, soweit nach der Verkehrssitte Belege erteilt zu werden pflegen, solche vorzulegen. § 259 Abs. 1. Da die einfache Rechnungsablegung den Berechtigten keine genügende Gewissheit auch über deren Richtigkeit bieten würde, so hat das Gesetz im Abs. 2 des § 259 denselben die Befugnis eingeräumt, von dem Geschäftsführer die Leistung eines Offenbarungseides dahin zu verlangen, dass er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei. Um aber missbräuchlicher Ausübung dieser Befugnis entgegenzutreten, ist der Offenbarungseid nicht für schlechthin zulässig erklärt, sondern nur, wenn objektiv Grund zu der Annahme besteht, dass die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht sind, und ausserdem bei Angelegenheiten von geringer Bedeutung überhaupt nicht § 259 BGB. Abs. 2 u. 3. Auch ist nur die richtige Angabe der Einnahmen zu beschwören, nicht auch die der Ausgaben.[1] Denn gibt der Rechnungsteller dieselben

1) Vgl. Kommissions-Protokolle Bd. II S. 360.

nicht vollständig an, so ist es nur sein eigener Schaden, der Rechnungsherr hat kein Interesse daran. Dass Grund zu der Annahme nicht sorgfältiger Rechnungslegung vorliegt, haben die übrigen Teilhaber zu beweisen. Verweigert der Geschäftsführer die Rechnungslegung oder Eidesleistung, so kann er darauf verklagt und gemäss den §§ 888, 889 CPO. durch Geldstrafen oder durch Haft dazu angehalten werden.

3. Was der Geschäftsführer aus der Tätigkeit für die Gemeinschaft erlangt hat, muss er den übrigen ihren Anteilen entsprechend herausgeben; (§ 667 BGB), nebst allem, was auf ihren Anteil am Zubehör und Zuwachs, Früchten und Nutzungen entfällt. Rechte, die er durch seine Geschäftsführung erworben, muss er ihnen abtreten und ebenso Geschenke und Extraprovisionen, die er bei derselben erhalten, mit den übrigen teilen. Die zuletzt genannte Pflicht erstreckt sich aber nur auf solche Zuwendungen, die ihm wegen der Geschäftsführung selbst gemacht sind, aus Freude etwa des Gebers über den Abschluss eines für ihn günstigen Geschäfts. Es ist in diesem Fall nicht die Person des Geschäftsführers, die ihn zu der Liberalität veranlasst hat, sondern das Geschäft als solches, und dieses ist nicht ein Geschäft des Gestors allein, sondern aller Teilhaber, die daher auch an allen Vorteilen aus demselben partizipieren sollen. War dagegen die Geschäftsführung nur der äussere Anlass zu der Freigebigkeit und das Geschenk dem administrieren-

den socius persönlich zugedacht, so hat dieser auch allein ein Anrecht darauf. Diese Auffassung der Bedeutung der Worte: „aus der Geschäftsführung“ teilen Planck[1] und Oertmann,[2] dagegen verlangt Cosack[3] Herausgabe auch persönlich gemachter Zuwendungen, z. B. von Trinkgeldern.

Kommt der Geschäftsführer dieser Herausgabepflicht nicht nach, so hat er den übrigen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Verwendet er Geld, hinsichtlich dessen ihm diese Verpflichtung obliegt, für sich, so hat er es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen, die Mitberechtigten sind in diesem Fall nicht darauf angewiesen, den ihnen entstandenen Schaden nachzuweisen; sondern können ohne weiteres die gesetzlichen Zinsen, vier vom Hundert (§ 246 BGB.), verlangen. Natürlich ist dadurch die Geltendmachung eines grösseren Schadens nicht ausgeschlossen.[4]

---

1) a. a. O. Erl. zu § 667.

2) a. a. O. Erl. zu § 667.

3) Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts I S. 507.

4) Erwähnt sei noch, dass die Bestimmung des § 680 BGB., wonach bei der die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckenden Geschäftsführung der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, in vielen Fällen analog anzuwenden sein wird auf den Fall, dass ein Teilhaber zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands notwendige Massregeln ohne Zustimmung der andern trifft, da er auch hier oft im Affekte handeln wird und man dann von ihm nicht verlangen kann, dass er dabei mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorgehe.

§ 5.

Rechte des Geschäftsführers einer Gemeinschaft nach BGB.

Während der geschäftsführende Teilhaber einer Gemeinschaft, dessen rechtliche Stellung den Gegenstand unserer Betrachtung bildet, durch die Übernahme der Geschäftsführung, wie wir gesehen, ohne weiteres in ein Verpflichtungsverhältnis zu den übrigen tritt, erwachsen ihm seinerseits Rechte aus derselben nur, wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder unmutmasslichen Willen sämtlicher Beteiligten entspricht. Wenn also der Geschäftsführer die ihm gemäss § 677 hinsichtlich der Geschäftsführung obliegenden Pflichten erfüllt hat, so soll er auch berechtigt sein, für seine auf den gemeinschaftlichen Gegenstand gemachten Aufwendungen, die ja nicht ihm allein zugutekommen, Ersatz zu verlangen. Dieser Anspruch ist aber nicht etwa abhängig davon, dass der durch die Geschäftsführung herbeigeführte Erfolg den obigen Voraussetzungen entspreche, es genügt vielmehr, dass das negotium utiliter coeptum, dass die Übernahme selbst nur utilis im Sinne des § 683 war. Dass dieser Fall vorlag, hat der Ersatz Beanspruchende zu beweisen. Gelingt ihm dies, so kann er Ersatz wie ein Beauftragter verlangen § 683 BGB., d. h. unter den Voraussetzungen und in dem Umfange wie ein solcher. Diese Voraussetzungen sind gemäss § 670 BGB.:

1. Die Aufwendungen müssen zum Zwecke der Ausführung des betr. Geschäfts gemacht sein.

2. Der Gestor musste sie den Umständen nach für erforderlich halten dürfen. Es ist hierbei also das subjektive Moment in den Vordergrund gestellt, die Aufwendungen brauchten in Wirklichkeit nicht notwendig gewesen zu sein, wenn eben der Geschäftsführer sie der ganzen Sachlage nach dafür halten konnte. Nur insofern kommt allerdings auch das objektive Moment in Betracht, als nach der Verkehrssitte zu entscheiden ist, ob die Umstände die Aufwendungen rechtfertigen, so dass ein jeder Sorgfältige sie in gleicher Lage gemacht hätte.

Für den Umfang des einem Beauftragten zu leistenden Ersatzes sind mangels einer besonderen Bestimmung die §§ 256, 257 massgebend. Die in ihnen enthaltenen Bestimmungen sind daher auch für unseren Fall anzuwenden. Darnach ist aufgewendetes Geld von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen (§ 256 BGB.), ebenso der Betrag, der ihm als Ersatz des Wertes anderer aufgewendeter Gegenstände zu zahlen ist. Für die Zeit jedoch, während welcher ihm die Nutzungen und Früchte verblieben sind, die er mit den übrigen zu teilen gehabt hätte, kann er keine Zinsen verlangen. Bestand die Aufwendung in der Eingehung einer Verbindlichkeit, indem der Geschäftsführer zum Zwecke der Ausführung eines die Gemeinschaft berührenden Geschäfts auf seinen eigenen Namen kontrahiert hat, so kann er von den übrigen Befreiung von der Verbindlichkeit nach dem Verhältnis ihrer Anteile oder wenigstens, falls die

Verbindlichkeit noch nicht fällig ist, Sicherheitsleistung gemäss § 232 fg. verlangen, § 257 BGB.

Wegen dieses Anspruchs auf Ersatz seiner Aufwendungen steht dem Gestor gemäss § 273 Abs. 1 ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber den Ansprüchen der Mitberechtigten zu, wie auch umgekehrt diese ihm gegenüber zur Verweigerung der von ihnen geschuldeten Leistung bis zur Bewirkung der ihnen gebührenden berechtigt sind.[1]

Von der Vorschrift des § 683 BGB., dass bei Vorliegen einer dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherren entsprechenden Geschäftsführung der Geschäftsführer Ersatz verlangen kann, finden sich jedoch nach zwei Seiten hin Ausnahmen. Einerseits nämlich ist dem Gestor trotz Fehlens der Voraussetzungen des § 683 Ersatz zu leisten, und zwar in dem Fall, dass die Teilhaber nachträglich seine Geschäftsführung genehmigen, ausdrücklich oder stillschweigend. Nicht aber hat die Genehmigung ohne weiteres die Bedeutung, dass dadurch die übrigen auch auf die ihnen nach § 677 zustehenden Schadensersatzansprüche verzichten. Sie hat diese befreiende Wirkung für den Geschäftsführer nur dann, wenn sie in dem Sinne erfolgt ist, dass auch das Verhalten des Geschäftsführers im einzelnen, nicht nur die Geschäftsführung im ganzen, davon betroffen sein soll. Wann dies der Fall ist, ist Tatfrage".

1) Vgl. Planck a. a. O. Erl. zu § 273 a.
1) Vgl. Protokolle Bd. II S. 741.

Ist aber eine Genehmigung nicht erteilt, so soll dem Geschäftsführer wenigstens alles, was die übrigen durch seine Tätigkeit erlangt haben, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herausgegeben werden § 684 Satz 1.

Andrerseits steht dem geschäftsführenden Mitberechtigten der Anspruch auf Ersatz auch trotz Vorliegens jener Voraussetzungen nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, ihn von den andern zu verlangen § 685 Abs. 1. Dass ihm diese Absicht fehlte, haben die Geschäftsherren zu beweisen. Denn wenn der Geschäftsführer Ersatz verlangen will, so genügt es nach § 638, dass er dartut, dass seine Geschäftsführung dem wirklichen oder mutmasslichen Willen der übrigen entsprochen habe, eine positive Voraussetzung des animus obligandi oder recipiendi ist für den Ersatzanspruch nicht statuiert. Diesem Anspruche können aber die Belangten die Behauptung entgegensetzen, dass dem Geschäftsführer die Absicht gefehlt habe, sie wegen der Aufwendungen zu verpflichten, und diese Behauptung müssen sie beweisen.[1] Nicht immer wird die Geschäftsführung ohne Absicht, dafür Ersatz zu verlangen, eine Schenkung sein, denn dazu ist nach § 516 BGB. die Annahme der unentgeltlichen Zuwendung durch den zu Beschenkenden notwendig. Verweigert dieser die Annahme, so ist eine Schenkung nicht zustande gekommen; trotzdem aber kann der Geschäftsführer gemäss § 683 Ersatz

1) Vgl Plank, Oertmann zu § 685 BGB., Motive II S. 863.

seiner Aufwendungen nicht verlangen, denn hier kommt es nur auf seine eigene, auf Unentgeltlichkeit der Zuwendung gerichtete, Absicht an. Er kann aber, wie jeder andere, der die Geschäftsherren auf seinem Vermögen ohne rechtlichen Grund bereichert hat, die von allen weiteren Vorausetzungen absehende Bereicherungsklage des § 812 BGB. anstellen, denn die Bereicherung ist infolge der Ablehnung der Schenkung ohne rechtlichen Grund bewirkt, und man wird gemäss § 812 die Folgen daraus zu ziehen haben.[1] Für die Zulässigkeit dieser Klage aus § 812 trotz Fehlens der Absicht, Ersatz zu verlangen, spricht m. E. auch die Vorschrift des § 684, dass selbst, wenn die Ersatzklage deshalb nicht gegeben ist, weil überhaupt die Voraussetzungen für sie fehlen, dem Geschäftsführer die Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung zustehen soll.

Auf alle diese, aus der Geschäftsführung eines Teilhabers einer Gemeinschaft sich ergebenden Rechte und Pflichten desselben ist es ohne Einfluss, wenn er sich über die Person seiner Mitberechtigten oder eines von mehreren geirrt hat, er berechtigt und verpflichtet durch seine Geschäftsführung nur den oder die wirklichen Teilhaber, § 686 BGB. Dies ist ein aus dem Wesen der Geschäftsführung ohne Auftrag sich notwendig ergebender Satz, denn alle Rechte und Pflichten entstehen bei derselben ohne Rücksicht auf irgend welche Person, nur aus

1) Oertmann a. a. O. zu § 685.

dem rein tatsächlichen Tätigwerden für einen anderen; wer dieser andere ist, ist gleichgiltig.

Zweiter Abschnitt.

Die gemeinrechtliche Stellung des Geschäftsführers einer communio.

§ 6.

Geschäftsführung durch einen Teilhaber.

Zweck unserer Darstellung ist, die im vorigen Abschnitt geschilderte rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer Gemeinschaft nach BGB. mit der gemeinrechtlichen des Geschäftsführers einer communio zu vergleichen. Wir werden daher im folgenden Abschnitt versuchen, die letztere auseinanderzusetzen, um dann den Unterschied zwischen der Regelung der uns beschäftigenden Frage nach BGB. und gemeinem Rechte feststellen zu können.

Der Grundsatz des römischen Rechts: „In re communi nemo dominorum iure facere quidquam invito altero potest“ enthält nicht sowohl die strenge positive Regel, dass die Geschäftsführung einer communio nur von allen Mitberechtigten gemeinschaftlich ausgeübt werden darf, als vielmehr die negative, dass niemand etwas gegen den Willen eines anderen Beteiligten ausführen darf, was die gemeinschaftliche Sache berührt. Es ist also nicht schlechthin den einzelnen verboten, Veränderungen oder Verbesserungen an der res communis vor-

zunehmen, sondern nur invito altero, gegen den Willen eines andern. Nur in letzterem Fall liegt ein non iure facere vor; solange man von einem entgegestehenden Willen eines Teilhabers nicht weiss, einen solchen auch nicht annehmen muss, handelt man nicht widerrechtlich, vorausgesetzt natürlich, dass man mit der nötigen Sorgfalt zu Werke gegangen ist.

Wir werden also mit v. Seeler[1] für das gemeine Recht sagen dürfen, (anders nach BGB., vgl. oben S. 13), dass jeder socius (so nennen nämlich die Quellen auch den Mitberechtigten einer blossen communio) berechtigt ist, die gemeinsame Sache von sich aus nach eigenem Ermessen ordnungsmässig und innerhalb der Grenzen des bona fides zu verwalten, wenn seitens der übrigen Genossen ein Widerspruch weder verlautbart wird noch zu erwarten steht." v. Seeler erklärt dieses Recht als ein durch die communio begründetes obligatorisches, das nicht direkt und unmittelbar aus dem dinglichen Rechte fliesst, sondern aus dem zwischen den Mitberechtigten bestehenden kontraktsähnlichen Verhältnis, dem Quasikontrakt,[2] auf Grund dessen jeder einzelne Teilhaber von den anderen nicht nur Aufhebung der Gemeinschaft, Ersatz von Schäden und Auslagen und Mitteilung des allein gezogenen Gewinns, sondern auch verlangen könne, dass die andern Genossen ihm gestatten, solche tatsächliche Verfügungen über die gemeinsame Sache

1) v. Seeler. Das Miteigentum nach röm. Recht S. 13 fg.
2) § 3 J. de obl. qu. e. contr. 3,27.

zu treffen, welche dem gemeinsamen Interesse aller entsprächen". Träte diesem aus der obligatio ex communione begründeten Rechte allerdings das ius prohibendi, ein Ausfluss des mit juristischem Besitze verbundenen dinglichen Rechts, gegenüber, so müsste es letzterem weichen; so lange dies aber nicht geschähe, wäre jeder tatsächliche Verfügungsakt des einzelnen Mitberechtigten als rechtmässig zu betrachten, sofern er nur innerhalb der Grenzen der bona fides liege, gleichwie der Pächter die Rechte des Verpächters nicht verletze, wenn er auf Grund seines obligatorischen Rechts und innerhalb der Grenzen desselben die gepachtete Sache ohne Widerspruch des Verpächters benutze.

§ 7.

Verbindlichkeiten des Geschäftsführers einer communio.

Für die Geltendmachung der aus der Geschäftsführung eines socius sich ergebenden gegenseitigen Ansprüche finden wir in den Quellen bald die actio negotiorum gestorum, bald die actio communi dividundo gegeben, welche nach der heute fast allgemein anerkannten Ansicht (anderer Meinung sind U. W. nur Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 2, S. 394 und Geib, die actio communi dividundo S. 15) auch schon vor der Teilung und mit der utilis actio[1] auch nach Aufhören der Gemeinschaft zulässig ist.

1) l. 11 D. comm. div. 10,3.

Welche von beiden Klagen im einzelnen Falle anzustellen ist, richtet sich darnach, ob der Erfolg, den ein socius zu Gunsten seines ideellen Anteils erlaubterweise herbeiführen wollte, nicht erreicht werden konnte, ohne dass er die Handlung zugleich auf die ideellen Teile der andern mit ausdehnte Dies wird bei den rein natürlichen Handlungen in der Regel der Fall sein, man kann z. B. ein Grundstück, das einem gemeinschaftlich mit einem andern zusteht, nicht zu seinem ideellen Teil bebauen. Wohl aber ist die Möglichkeit teilweisen Handelns vorhanden bei den juristischen Handlungen, z. B. dem Verpachten des gemeinschaftlichen Grundstücks, dies kann zu ideellen Teilen geschehen.[1]

Wegen des im wesentlichen gleichen Inhalts aber der actio negotiorum gestorum und der, wegen solcher praestationes personales, die aus der Geschäftsführung eines Teilhabers hervorgehen, angestellten actio communi dividundo werden wir uns darauf beschränken dürfen, nur die letztere als die der Gemeinschaft eigentümliche eingehend zu behandeln und nur dann auch die actio neg. gest. in die Besprechung hereinzuziehen, wenn sich Abweichungen ergeben.

Darnach ergeben sich für den Geschäftsführer folgende Verbindlichkeiten:

1. Der Administrator der gemeinschaftlichen Sache hat den übrigen Genossen eine ihrem Anteil entsprechende Quote von allem dem herauszugeben,

1) Vgl. insbesondere Brinkmann, Verhältnis der actio comm. div. und der actio neg. gest. zu einander.

was er aus derselben gewonnen hat, Früchten, Akzessionen, Ersatz für Beschädigungen oder sonstigen Vorteilen, l. 3 pr. D. comm. div 10,3. „In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et quid in his damnum datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi, ferner l. 6 pr. D. eod.: Si quis putans sibi cum Titio fundum communem esse fructus perceperit vel sumptum fecerit, cum esset cum alio communis, agi poterit utili communi dividundo iudicio. Vorausgesetzt ist dabei natürlich, dass die Nutzungen aus der Sache gezogen sind, nachdem sie schon gemeinschaftlich war, l. 4 § 3 D. eod: plane fructus ante percepti, quam res communis esset, vel sumptus ante facti in comm. div. iudicium non veniunt. Ohne Einfluss auf diese Herausgabepflicht ist es, ob der socius die gemeinsame Sache für gemeinsame oder nur für eigene Rechnung, seines eigenen Vorteils willen verwaltet und ausgenutzt hat,[1] l. 6 § 2 D. eod: Sive autem locando fundum cummunem sive colendo de fundo communi quid ni quid socius consecutus sit, communi dividundo iudicio tenebitur, et si quidem communi nomine id fecit, neque lucrum neque damnum sentire eum oportet, si vero non communi nomine, sed ut lucretur solus, magis esse oportet, ut damnum ad ipsum respiciat. Nur den Schaden, nicht auch den Nutzen hat er diesesfalls allein zu tragen. Hat er die Früchte konsumiert, so braucht

1) Vgl. Glück, Erl. der Pandekten Bd. 10 S. 139.

er, falls er bonae fidei possessor war, also von der Gemeinschaftlichkeit des Recht nichts wusste und sich daher zum Alleinbesitze berechtigt glaubte, gar keinen Ersatz dafür zu gewähren, war er jedoch malae fidei possessor, so kann er mit einer condictio belangt werden, l. 4 § 2 D. fin. reg. 10,2.[1]

2. Verbunden mit dieser Herausgabepflicht ist auch für den Administrator einer Gemeinschaft, wie für jeden Verwalter fremden Vermögens, — und das ist er doch hinsichtlich der den übrigen Teilhabern gebührenden Anteile, — die Pflicht, Rechenschaft über seine Geschäftsführung, und falls diese mit Einnahmen und Ausgaben verbunden war, Rechnung abzulegen. So auch die Entscheidung des Reichsgerichts XVIII, 280. Über den Inhalt dieser Verpflichtung vgl. besonders Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 13 n. 6. Es bildet nach ihm das eigentliche Ziel des Anspruchs auf Rechungsablage die Verzeichnung der Einnahmen. „Der Rechnungssteller ist verpflichtet, die Einnahmen in quanto und quali vollständig zu verzeichnen.“[2] Zur Angabe der Auslagen wäre er nicht verpflichtet, da daran dem Rechnungsempfänger nichts liegen könne. Auch habe er Belege, d. h. Urkunden, aus welchen die Vollständigkeit der Verzeichnung sich ergebe, auf Verlangen vorzulegen.[3] Diese Pflicht zur Rechnungs-

1) Die actio finium regundorum und die actio familiae erciscundae sind im Gegensatz zu der allgemeinen actio communi dividundo speziele Arten von Teilungsklagen. Doch werden die bei ihrer Behandlung aufgestellten Grundsätze, soweit sie von allgemeiner Bedeutung sind, auf die actio comm. div. analog angewendet werden dürfen.

2) Bähr, Über die Verpflichtung zur Rechnungsablage S. 259.

3) Bähr a. a. O. S. 285.

legung war übrigens in der gemeinrechtlichen Praxis nicht allgemein anerkannt, vgl. Seufferts Archiv, Bd. 22, No. 135. „Es muss dem Rechnungspflichtigen überlassen werden, ob und wie er die Ausgaben begründen und beweisen will.“ Bd. 22 No. 137: „Die Ansicht, dass Belege zu jeder Rechnung als Hauptsache gehören, ist nicht zu teilen. Die römischen Gesetzesquellen enthalten davon nichts. Der Verbindlichkeit zur Rechnungsstellung an sich wird auch durch eine Rechnung ohne Belege genügt.“ Anerkannt findet sich dagegen die hier übernommene Ansicht in Bd. 22, No. 137. „Nach der Natur der Sache und dem Gesetz ist es Zweck der ratio (Rechnungslegung), dass nicht bloss ersichtlich werde, ob der Geschäftsführer Einnahmen und Ausgaben gehabt, sondern ob dieselben auch mit der erforderlichen Sorgfalt von ihnen gemacht worden, und dies durch Belege beglaubigt sei. arg. l. 82 de cond. et dem. D 35,1: „Non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, id est legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte,“ ferner § 1 J. de oblig. qu. e contr. 3,28. Und ebenso Bd. 26, No. 214 II. „Die Rechnungslegung soll den anderen Beteiligten die Möglichkeit verschaffen, sich von der Richtigkeit der Rechnungslegung zu überzeugen und damit das weitere Verfahren abzuschneiden oder doch zu vereinfachen; sie muss daher auf alle zu diesem Zweck erforderlichen

Papiere sich erstrecken, weshalb auch sämtliche zur Belegung der Rechnung notwendige Papiere schon jetzt beizubringen sind."

„Ferner hat der Rechnungssteller auf Verlangen der Rechnungsherren die Vollständigkeit seiner Angaben eidlich zu bestärken." In den Quellen, l. 22, § 10 C. de iure delib. 6,30 und c. 2 § 1, Nov. 1, war dies Recht nur hinsichtlich des Inventars den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern gegenüber dem Erben bewilligt, welcher unter dem beneficium inventarii angetreten hat. Die sächsischen Praktiker Carpzov,[1] Stryk,[2] Mevius[3] und Böhmer[4] und im Anschluss an sie Bähr[5] lehren aber die Zulässigkeit des Verlangens eines Manifestationseides ohne weiteres für alle Fälle einer Rechnungslegung. Ebenso Glück[6] und Dernburg.[7] Andere Schriftsteller, Wetzel[8] und Strippelmann[9] erklären den Manifestationseid dagegen nur dann für zulässig, wenn der Verdacht einer Verheimlichung oder Unterschlagung besteht, im Anschluss an die Worte der l. 22, § 10 C. de iure delib, worin Bähr freilich, und wie mir scheint, mit Recht, nichts andres ausgedrückt sehen will, als dass der Berechtigte lediglich nach seiner Überzeugung den Eid fordern

1) Definitiones forenses, P. III. const. 33 def. 7.
2) De cautelis iuramentorum P. III. Sectio III. c. 1.
3) Decisiones P. IV. Dec. 150, 411.
4) Consultationeset Decisiones II. 276, 418.
5) a. a. O. S. 282.
6) a. a. O. Bd. 5. S. 374.
7) Pandekten II S. 314.
8) System des ordentlichen Zivilprozesses S. 182
9) Gerichtseid S. 38.

könne. Die Praxis schwankt auch hier wieder, bald versagt sie den Eid gänzlich ausser bei Erbschaftsklagen (vgl. z. B. Seufferts Archiv Bd. 5, 81, 82), bald lässt sie denselben unbeschränkt zu (vgl. Bd. 14, § 2).

2. Der socius haftet für den Schaden, den er anlässlich seiner Geschäftsführung durch dolus oder culpa verursacht hat. Doch ist hierbei zu unterscheiden:

Hat er durch positive Tätigkeit die Sache beschädigt, im Falle Aquilischer culpa also, so haftet er nach der lex Aquilia, es wird ihm jedes Versehen angerechnet, l. 16, § 5 D. foam. erciscundae 10,2: Denique (Pomponius) ait, si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit, teneri quidem lege Aquilioc, quasi corruperit: non minus autem etiam familiae erciscundae iudicio. Der socius kann also sowohl mit der actio legis Aquiliae wie mit der actio communi dividundo belangt werden, vgl. auch l. 8, § 2 D. 10,3: Venit in communi dividundo indicium etiam si quis rem communem deteriorem fecerit, forte servum vulverando aut animum cius corrumpendo aut arbores ex fundo excidendo. Und zwar wird die actio comm. div. häufig den Vorzug erhalten, da sie auch gegen den Erben geht, während dies bei der actio legis Aquiliae ihrer poenalen Natur wegen nicht der Fall ist. l. 101 D. eod: Stem quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestet, si quid defunctus in re

communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur.

Für Schaden, der durch desidia et neglegentia, durch Untätigkeit oder Unterlassung bei der einmal übernommenen Geschäftsführung entstanden ist, haftet er nur bei culpa in concreto, er wird nur dann ersatzpflichtig, wenn er die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ausser Acht gelassen hat. Am klarsten darüber drückt sich die l. 25, § 16 D. fam. erc. 10,2 aus.[1] Non tantum dolum sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum herede non contrahinus, sed incidimus in eum; non tamen diligentiam praestare debet qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suoam partem causam habuit gerendi; et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit; talem igitur diligentiam praestare debet qualem in suis rebus. eadem sunt, si duobus res legata sit; nam et hos coniunxit ad societatem non consensus sed res.

Für Schaden, der dadurch entstanden ist, dass der Gestor einem obrigkeitlichen Gebote nicht Folge geleistet hat, das sich auf die res comunis bezog, hat er schlechthin einzustehen, l. 20 D. 10,3.

Genehmigen die übrigen seine Geschäftsführung, so liegt darin Befreiung nur von aller Haftung für irgend welche culpa, die in der Übernahme der Geschäftsführung selbst liegen würde, er kann dann immerhin noch für dolus practeritus und auch Fehler im ein-

1) Hasse, Culpa S. 250 fg. siehe denselben auch über den Grund jener Bestimmung.

zelnen zur Verantwortung gezogen werden. Dies ist zwar von der actio negotiorum gestorum allein, nicht auch von der actio corum. div. ausdrücklich gesagt, doch wird die Regel analog auf diese auszudehnen sein.[1]

Die Beschränkung der Haftung des socius auf culpa in concreto tritt, wie bereits angedeutet, nur dann ein, wenn er wegen Schadens belangt wird, den er bei Vornahme einer Handlung, die er pro parte sua nicht besorgen konnte, angerichtet hat. Sonst wird die actio negotiorum gestorum gegen ihn erhoben werden, und er demgemäss für jeden auch durch culpa levis in abstracto verursachten Schaden einzustehen haben.[2]

§ 8.

Rechte des Geschäftsführers einer communio.

1. Von den Rechten, die sich für den socius einer Gemeinschaft aus seiner Verwaltung ergeben, kommt vor allen dasjenige auf Erstattung der Aufwendungen in Betracht, die er aus seinem Vermögen auf die gemeinschaftliche Sache gemacht hat. Dieses Recht gewähren ihm zahlreiche Gesetzesstellen, so die bereits zitierten l. 3 pr.; l. 4 § 3 D. h. t., ferner l. 11. D. eod., l. 18, § 1 C. fam. ercisc. 3, 36; l. 4 C. comm. div. 3, 37.

Selbstverständlich aber kann er nicht alle Auslagen ersetzt verlangen, da er ja ohne Überein-

1) Brinkmann a a. O. S. 45, Dernburg II S. 329.
2) Brinkmann a. a. O. S. 98.

stimmung mit den übrigen handelte, und diesen nicht zugemutet werden kann, Unkosten zu tragen, die ein Teilhaber nach seinem Gutdünken zu verursachen sich bemüssigt fühlte. Nur solche Auslagen, die durch eine dem wirklichen Interesse der Teilhaber entsprechende Verwaltung entstanden sind, sind ihm daher anteilig zu ersetzen; l. 18 § 3 D. fam. ercisc. 10, 2: Sumptuum, quos unus ex heredibus bona fide fecerit, usuras quoque consequi potesta coherede ex die morae secundum rescriptum imperatorum Severi et Antonini; l. 25 § 15 D. cod.: Si unus ex coheredibus noxali indicio servum hereditarium defenderit et litis aestimationem optulerit, cum hoc expediret, id pro parte hoc iudicio consequatur. Wenn also ein gemeinschaftlicher Sklave ein Delikt begangen hat, und der Socius, um ihn nicht als Ersatz herausgeben zu müssen, die ganze Schadensersatzsumme entrichtet hat, so kann dieser teilweisen Ersatz verlangen, vorausgesetzt, dass es vorteilhafter war, jene Summe zu bezahlen, als die noxae deditio vorzunehmen.

Ob aber die Geschäftsführung dem gemeinsamen Interesse der Mitberechtigten entspricht, wird auch hier wie bei der negotiorum gestio[1] nicht sowohl objektiv nach einer bestimmten Regel, als vielmehr darnach zu beurteilen sein, ob die Handlung mit ihren Gewohnheiten und ihren mutmasslichen Willen übereinstimmt.[2] Brinkmann gesteht auch dem socius, der trotz Verbots eine Aufwendung gemacht

1) Vgl. Dernburg a. a. O. II S. 327.
2) Vgl. Brinkmann a. a. O. S. 36, S. 60.

hat, das Recht zu, mit der actio communi dividundo auf die Bereicherung zu klagen, u. E. liegt aber für diese gegen die Regel: „In re communi remo dominorum iure facere quidquam invito altero potest" verstossende Behauptung kein genügender Grund vor. Allerdings könnte man in der Versagung der Klage einen Verstoss gegen die bona fides erblicken, aber nachdem einmal einem jeden Teilhaber die Macht gegeben ist, von einigen Ausnahmen abgesehen, durch sein Verbot lediglich chikanöserweise die nützlichste Massregel zu verhindern, muss man die sich daraus notwendig ergebende Konsequenz auch anerkennen, dass er bei Zuwiderhandeln seitens der andern zur Herausgabe der Bereicherung nicht verpflichtet ist. Nicht umsonst heisst es: communio est mater rixorum.

Auf die Erstattung der Aufwendungen ist es ohne Einfluss, ob der Geschäftsführer sich in der Person des Mitberechtigten geirrt, es genügt, dass er von dem Vorhandensein eines solchen wusste, er brauchte überhaupt an keine bestimmte Person zu denken. Dies ist eben die Folge des nur durch die gemeinsame res zwischen den Teilhabern hergestellten Bandes. l. 29 D. h. t. Si quis, cum existimaverit fundum communem sibi cum Maevio esse, quem cum Titio communem habebat, impendisset, recte dicitur etiam communi dividundo indicium ei sufficere: hoc enim est, si sciam rem communem esse, ignorem anten cuius socii: neque enim negotia socii gero, sed propriam rem tucor et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur.

Für Aufwendungen, die ihm zu ersetzen sind, kann er auch Zinsen verlangen, l 18 § D fam. ercisc. 10, 2. Hat er an einem Bauwerk eine notwendige Reparatur vorgenommen, so fällt ihm dasselbe als Alleineigentum zu, wenn er nicht binnen 4 Monate Kosten nebst Zinsen ersetzt erhält. l. 4 C. de aedif. priv. 8, 10.

Hinsichtlich der Geltendmachung nun dieses Anspruches auf Ersatz der Aufwendungen durch Klage ist zu unterscheiden, ob der Geschäftsführer sein Interesse hätte wahrnehmen können, ohne zugleich damit für die andern tätig werden zu müssen oder nicht.

War das Geschäft teilbar, so dass er es für seinen ideellen Teil allein besorgen konnte, so kann er nur mit der actio negotiorum gestorum klagen, andernfalls mit de actio comm. div. Dies auch für die andern praestationes personales, wie bereits erwähnt, geltende Prinzip findet sich gerade in Bezug auf die jetzt vorliegende Frage am deutlichsten ausgedrückt, so in l. 6 § 7 D. h. t.; l. 39 D. de neg. gest. 3, 5; l. 18 § 6 D. fam. ercisc. 10, 2; l. 25 §§ 15, 16 D. cod.; vor allem aber in l. 6 § 2 D. h. t.:

Ulpianus ad Edictum. Sive autem locando fundum communem, sive colendo de fundo communi quid socius consecutus sit, communi dividundo iudicio tenebitur. Et si quidem communi nomine id fecit, neque lucrum neque damnum sentire cum oportet; si vero non communi nomine, sed ut lucretur solus, magis esse oportet, ut damnum ad ipsum respiciat, hoc autem ideo praestat communi dividundo iudicio

quia videtur partem suam non potuisse expedite locare ceterum non alias communi dividundo iudicio locus erit, ut et Papiquanus scribit, nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur. Fraglich ist nur, ob im Falle der Unmöglichkeit eines teilweisen Handels die actio communi dividundo allein oder elektiv mit der actio negotiorum gestorum gegeben ist. Letzteres nimmt nimmt Glück[1] an, und zwar aus l. 18 § 1 C. fam. erc. 3, 36 und l. 3 C. de neg. gest. 2, 19; l. 18 § 1 C. 3, 36 lautet: In communi autem hereditate quin sumptus ab uno facti bona fide familiae erciscundae iudicio vel negotiorum gestorum actione servari possint, non est ambignum. l. 3 C 2, 18. Sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes, sive pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus es, actionem eandem habebis vel iudicio familiae erciscundae, si non est inter vos redditum, eam quantitatem assequeris.

Brinkmann dagegen erklärt im vorliegenden Falle die actio communi dividendo für allein statthaft. Denn die l. 18 § 1 C. 3,36 drückt seiner Meinung nach nur aus, dass entweder die actio comm. div. oder die actio neg. gest. angestellt werden kann, je nachdem die Verwendung nicht pro parte geschehen konnte oder dies möglich war. Dies dürfte in der Tat richtig sein und einen Schluss für die Behauptung Glücks nicht zulassen. Mehr

1) Bd. 10 S. 150.

zu dessen Gunsten spricht dagegen l. 3 C. 2,19, für die es nach Brinkmann[1] drei Erklärungen gibt, von welchen er folgende den Vorzug gibt:

„Nach Absicht der Kaiser solle die actio negotiorum gestorum nur dann platzgreifen, wenn weder die actio familiae erciscundae noch die actio communi dividundo zulässig seien, welch letzteres z. B. der Fall sei, wenn die Pfandbestellung nicht für eine communio pro indiviso erfolgt wäre, sondern für eine sog. uneigentliche Gemeinschaft, wozu er dingliche Rechte an einem Ganzen rechnet, die mehreren pro diviso zustehen, solche, die mehreren an derselben Sache in solidum gehören, z. B. Realservituten, ein mehreren in solidum an derselben Sache zustehendes Pfandrecht und gemeinschaftliche Obligationen".[2] Es handelt also l. 3 C. 2,19 nach seiner Ansicht von einer solchen nicht auf ideeller Teilung dinglicher Rechte beruhenden Gemeinschaft, bei der die actio communi dividundo überhaupt ausgeschlossen ist, und hier ist entweder die actio familiae erciscundae oder, wenn diese nicht erhoben werden kann, weil sie z. B. schon einmal erhoben ist, die actio negotiorum gestorum anzustellen, keineswegs beide elektiv

Auf das Recht des Geschäftsführers auf Erstattung seiner Auslagen ist es gleichgiltig, ob der Erfolg seiner Geschäftsführung auch tatsächlich ein günstiger war, es genügt, dass das negotium ein utiliter coeptum ist, l. 21 D. de neg. gest. 3, 5, l. 6 § 3 D. eod. und die oben citierte l. 6 § 2 D. 10, 3.

1) a. a. O. S. 66 fg.
2) a. a. O. S. 106, 107.

Von der ihm für seine Aufwendungen zu erstattenden Summe kann er Zinsen verlangen, l 67 § D. pro socio 17, 2, wie auch seine Herausgabepflicht sich auf die Leistung von Zinsen miterstreckt.[1]

Fehlte dem Geschäftsführer der animus obligandi bei Bestreitung von Kosten, die durch seine Geschäftsführung entstanden sind, so kann er für dieselben auch keinen Ersatz verlangen.[2]

Liegen endlich die Voraussetzungen für den Anspruch auf Ersatz wegen Mangels einer utilis gestio nicht vor, so ist ihn doch wegen grundloser Bereicherung der übrigen Ersatz zu gewähren.[3]

Dritter Abschnitt.

§ 9.

Unterschiede zwischen der rechtlichen Stellung des Geschäftsführers nach BGB. und der gemeinrechtlichen des Geschäftsführers einer communio.

Vergleichen wir nun die im ersten Abschnitt behandelte rechtliche Stellung des Geschäftsführers nach BGB. mit der nach gemeinem Recht, so ergeben sich als Abweichungen nur folgende:

1. Nach BGB. haftet der Geschäftsführer in allen Fällen für jede Fahrlässigkeit, nach gemeinem Recht dagegen dann, wenn er durch eine Handlung

1) Brinkmann a. a. O. S 37.
2) S. 35.
3) Vgl. Dernburg II S. 330.

Schaden verursacht hat, die er für seinen ideellen Teil allein nicht vornehmen konnte und für die er daher mit der actio communi dividendo, nicht der actio negotiorum gestorum belangt wird, nur für culpa in concreto, diejenige Fahrlässigkeit, die er in eigenen Angelegenheiten nicht zu begehen pflegt.

2. Nach BGB. hat der Geschäftsführer für das Verschulden seines Gehülfen zu haften, wie für sein eigenes, also für jedes, nach gem. Recht dagegen nur für ein ihm bei der Zuziehung des Gehülfen zur Last fallendes, für culpa in eligendo oder instruendo.

Zweiter Teil.

Die rechtliche Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters nach BGB. im Vergleich zu der gemeinrechtlichen des Geschäftsführers einer societas.

Erster Abschnitt.

Die rechtliche Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters nach BGB.

§ 10.

Verbindlichkeiten desselben.

Für die rechtliche Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters ist der § 713 BGB. massgebend. Derselbe bestimmt: „Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt". Das BGB. verweist also wegen der Ähnlichkeit der beiden Rechtsverhältnisse auf den Auftrag. Jedoch finden die

die Rechtsstellung des Beauftragten regelnden Grundsätze erst in zweiter Linie Anwendung, nur soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder den gesetzlichen Bestimmungen über die Gesellschaft Abweichungen ergeben. Eine solche enthält insbesondere die wichtige Auslegungsregel des § 714, nach der ein Gesellschafter, wenn und soweit ihm nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, im Zweifel auch ermächtigt ist, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten. Je nachdem also dem geschäftsführenden Gesellschafter Vollmacht zusteht oder nicht, wird seine rechtliche Stellung verschieden sein, da ersterenfalls durch seine Rechtsgeschäfte sämtliche Gesellschafter unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden, letzterenfalls nur er allein, er aber seinerseits wieder aus den im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis vorgenommenen Geschäften den übrigen gegenüber Recht und Pflicht hat, Gewinn und Verlust auf sie zu übertragen.

Als weitere Pflichten ergeben sich für den geschäftsführenden Gesellschafter im einzelnen folgende:

1. Soweit einem oder mehreren Gesellschaftern in dem Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung übertragen ist, haben sie auch die Pflicht, die Geschäfte zu besorgen. In der Übertragung steckt stillschweigend sowohl die Verleihung des Rechts wie die Belastung mit der Pflicht zur Geschäftsführung. Nur unter dieser Voraussetzung kann die Vorschrift des § 710 verstanden werden: „Ist in dem

Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftführung ausgeschlossen". Wenn die Folge der Übertragung an einzelne der Ausschluss der übrigen von der Geschäftsführung sein soll, so müssen sich diese darauf verlassen können, dass die zur Geschäftsführung befugten von ihrem Rechte auch Gebrauch machen. Es wäre eine unmöglich zuzulassende Unbilligkeit, wollte man ihnen auch dann die Befugnis zum Eingreifen in die Geschäfte nehmen, wenn ein anderer nur das Recht dazu hätte. In dem Fall, dass dieser von seinem Rechte keinen Gebrauch machen würde, wäre dann eine Geschäftsführung überhaupt ausgeschlossen.

Eine Umgrenzung des Umfangs der Geschäftsführung für den Fall, dass der Gesellschaftsvertrag keine nähere Bestimmung darüber trifft, enthält das BGB. nicht, im Gegensatz zum HGB. § 116, nach welchem die Befugnis zur Geschäftsführung sich auf Handlungen erstreckt, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt. Man wird daher annehmen müssen, dass sich die Pflicht des Geschäftsführers auf die Vornahme aller der Geschäfte erstreckt, die der Gesellschaftszweck erfordert. Bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen hat aber der Gesellschafter nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, § 708 BGB. Man wird daher den Geschäftsführer wegen Unterlassung eines für den Gesellschaftszweck erforderlichen Geschäfts dann

nicht um Ersatz angehen dürfen, wenn es so schwierig oder kostspielig war, dass er es auch in eigenen Angelegenheiten nicht vorgenommen hätte, vorausgesetzt eben, dass er dieses Geschäft nicht ausdrücklich oder stillschweigend übernommen hat.

Nimmt er innerhalb der ihm zustehenden Befugnis Geschäfte vor, so hat er bei ihrer Ausführung das eben erwähnte Mass der Sorgfalt anzuwenden, widrigenfalls er schadensersatzpflichtig wird. Diese Bestimmung bedeutet eine dem Gesellschafter eingeräumte Vergünstigung, insofern er sich hinsichtlich solcher Handlungen, die nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorgenommen sind, und für die er nach § 276 haften müsste, dadurch entschuldigen kann, dass er auch in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger verfahre. Von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit ist er aber dadurch nicht befreit, mag er in seinen eigenen Anlegenheiten noch so grobfahrlässig vorgehen. Krückmann hält diese Beschränkung der Haftung der Gesellschafter heute für nicht mehr ganz berechtigt, „da sie voraussetze, dass die Gesellschaft" überwiegend ein Moment der Brüderlichkeit enthalte und es fraglich sei, ob nicht die heutige Gesellschaft dies Moment der Brüderlichkeit schon wesentlich abgestreift habe". V. E. ist aber auch heute eine Gesellschaft ohne das Vertrauensverhältnis, das bei den Römern, wie auch Krückmann zugibt, mit Recht die Beschränkung der Haftung begründete,[1] nicht denkbar.

1) Institutionen des BGB. S. 124.
2) Hasse a. a. O. S. 247.

Die Vorschrift des § 708 bezieht sich aber nur auf Fälle, in welchen die Erfüllung einer gesellschaftlichen Verpflichtung in Frage steht. Dies schliesst die Anwendbarkeit derselben einmal aus, wenn der Gesellschafter infolge eines besonderen Rechtsgeschäftes, z. B. eines Auftrags, ein aus dem Gesellschaftsvertrag nicht entspringende Verpflichtung zu erfüllen hat, vgl. Motive II S. 602, weiter auch dann, wenn unabhängig von dem Schuldverhältnis der Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegt. Für eine solche hat der Gesellschafter wie jeder andere Schadensersatz zu leisten, wegen jeder Fahrlässigkeit also.

2. Zur rechtmässigen Erfüllung seiner Pflicht gehört es, dass der geschäftsführende Gesellschafter die ihm übertragenen Geschäfte selbst ausführe, und nicht einem andern übertrage, sei dieser ebenfalls ein Gesellschafter oder ein völlig Fremder. Aus persönlichem Vertrauen zu ihm wurde ihm die Geschäftsführung übertragen. Substituiert er dennoch, so brauchen einerseits die Gesellschafter das von dem Substituten vorgenommene Geschäft nicht als sie bindend[1] anzuerkennen, andererseits aber ist der Substituent verpflichtet, jeden durch die unbefugte Übertragung entstandenen Schaden zu ersetzen. In dieser liegt eine Verletzung seiner Vertragspflicht, für die er in jedem Fall einzustehen hat, vgl. Motive II S. 534. Es ist also zur Begründung des Schadensersatzanspruchs nicht erforderlich, dass den Sub-

1) Vgl. Planck II. Erl. Iu § 664.
2) Vgl. Motive II S. 534.

stituten ein Verschulden trifft, es genügt der Nachweis, dass der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn der Geschäftsführer nicht substituiert hätte.

Ist die Übertragung jedoch gestattet, so hat der Substituent nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, Fahrlässigkeit in der Wahl des Substituten und nicht gehörige Instruierung desselben, culpa in eligendo und instruendo. Substituiert er mit der nötigen Sorgfalt, so liegt darin die Erfüllung der von ihm übernommenen Verpflichtung, für Schaden, der trotzdem noch durch die Substitution entsteht, hat er nicht aufzukommen.

Im Gegensatz zur Übertragung der selbständigen Ausführung auf einen anderen ist in der Regel die Zuziehung eines Gehilfen, der nur zur Unterstützung bei der Ausführung eines von dem geschäftsführenden Gesellschafter selbst vorgenommenen Geschäfts dient, das unter dessen Leitung verbleibt, zulässig. Dies ergibt sich aus dem Satz 1 des § 664 BGB. Nur die Übertragung der selbständigen Ausführung des Geschäfts auf einen anderen soll im Zweifel verboten sein, daraus folgt durch argumentum a contrario, dass die Zuziehung von Gehilfen gestattet ist, wenn nicht ein entgegenstehender Wille der Parteien erhellt.[1] Es wird also die allgemeine Zulässigkeit der Gehilfenschaft dadurch für diesen Fall noch bestätigt.

---

1) Vgl. Planck Erl. zu § 664, Protokolle II S. 354, Oertmann zu § 664.

Bedient sich der Geschäftsführer eines Gehilfen, so ist er für dessen Verschulden in gleichem Masse verantwortlich wie für sein eigenes, § 278. Er selbst hat aber nach § 708 nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, folglich haftet er dafür, dass der Gehilfe nicht minder sorfältig verfahre als er, der Geschäftsführer, in seinen eigenen Angelegenheiten. Dies Mass der Haftung für Verschulden seines Gehilfen trifft ihn in jedem Fall, sei es, dass er befugt oder unbefugt einen solchen verwendet hat. Der Entwurf I beschränkte im § 589, Satz 2 die Vorschrift des § 664, Abs. 1, S. 3 nur auf den Fall befugter Zuziehung, doch wurden von der zweiten Kommission die Worte „befugter Weise" gestrichen, „da genau dasselbe bei der befugten wie bei der unbefugten Verwendung eines Gehilfen gelte".

Gegen diese im Satz 3 des Abs. I enthaltene Bestimmung werden doppelte Bedenken geltend gemacht. Dernburg[1] hält es nicht für folgerichtig, dass die Haftmilderung auf culpa in eligendo und instruendo nicht auch im Falle befugter Gehilfenzuziehung eintreten solle. Dagegen verteidigt Schollmeyer die Vorschrift m. E. mit Recht selbst für den Fall, dass der Geschäftsführer sogar berechtigt war, die Ausführung des Geschäfts ganz auf einen anderen zu übertragen, in der Tat aber nur sich eines Gehilfen bedient hat. Denn dabei

1) Das bürgerliche Recht, Schuldverhältnisse S. 370.
2) Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 68.
3) Komm.-Protokolle II S. 355.

„behält der Geschäftsführer die Erledigung des Geschäfts doch immer in seiner Hand und trägt deshalb auch die volle Verantwortlichkeit". Auch das mit Gehilfen vorgenommene Geschäft ist sein eigenes, für das er wie für jedes andere einzustehen hat. Substituierte er dagegen rechtmässig und mit der nötigen Sorgfalt, so wird mit Einwilligung der übrigen das Geschäft ein fremdes, für das man ihn nicht mehr zur Verantwortung ziehen kann.

Während also Dernburg im Falle befugter Gehilfenzuziehung die Haftung des Beauftragten resp. des geschäftsführenden Gesellschafters für zu streng erachtet gegenüber der Haftung im Falle befugter Substituierung, stellt sich Oertmann[1] mit der herrschenden Ansicht in Widerspruch insofern als er die von ihr im Falle unbefugter Gehilfenzuziehung angenommene Haftung für nicht streng genug hält. Wenn er auch zugibt, dass, wörtlich genommen, der Satz 3 des § 664 keinen Unterschied macht zwischen befugter und unbefugter Zuziehung eines solchen, so will er doch letzterenfalls dieselbe Haftung eintreten lassen wie bei der unbefugten Übertragung des Geschäfts, also für jeden durch Verwendung des Gehilfen entstehenden Schaden, ohne dass überhaupt ein Verschulden auf Seiten des Gehilfen vorzuliegen braucht. Denn der Geschäftsführer habe durch sein vertragswidriges Benehmen den Schaden selbst verursacht. De lege ferenda dürfte Oertmann recht haben, de lege lata aber weisen Entstehungsgeschichte und Wortlaut

1) Erl. zu § 664.

darauf hin, auch im Falle unbefugter Zuziehung von Gehilfen Haftung nur wegen Verschuldens des Gehilfen gemäss § 278 eintreten zu lassen.

2. Bei der Führung der Geschäfte hat der Gesellschafter nach einseitigen Weisungen der übrigen nichts zu fragen. Nur der Gesellschaftsvertrag bindet ihn, nur die Geschäfte braucht er vorzunehmen, zu deren Besorgung er sich ausdrücklich oder stillschweigend in dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet hat. Soweit ihm in demselben Weisungen erteilt sind, muss er dieselben auch befolgen und darf er in der Regel nicht von ihnen abweichen. Unklar äussert sich darüber Dernburg:[1] Der geschäftsführende Gesellschafter habe im Gegensatz zum Beauftragten, der nur ausnahmsweise berechtigt ist, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, nach den Weisungen der Nichtgeschäftsführenden denen er seinen Auftrag verdankt, in der Regel nichts zu fragen.

Unter Umständen wird der Geschäftsführer die Pflicht haben, gegen die ihm erteilten Weisungen zu handeln, wenn nämlich die Verhältnisse sich dergestalt geändert haben, dass es geradezu gegen Treu und Glauben verstossen würde, wollte er gemäss den ihm gewordenen Weisungen handeln und nicht als denkendes Wesen berücksichtigen, dass die Gesellschafter die Abweichung nicht nur billigen, sondern sogar anordnen würden.[2]

---

1) a. a. O. S. 542.
2) Oertmann Erl. zu § 665.

Das Recht der Abweichung hat er aber ohne weiteres nur bei Gefahr im Verzuge, sonst muss er vor der Abweichung den übrigen Anzeige machen und ihre Entscheidung abwarten.[1]

2. Auch abgesehen von dem Falle der Abweichung von den ihm erteilten Weisungen ist der geschäftsführende Gesellschafter verpflichtet, den übrigen die erforderlichen Nachrichten zu geben, ohne dass es einer besonderen Einforderung derselben bedarf. Er muss auf Verlangen über den Stand der Geschäfte Auskunft erteilen und Rechenschaft ablegen, § 666, letzteres aber mangels einer besonderen Bestimmung wohl erst nach Auflösung der Gesellschaft und bei Gesellschaften von längerer Dauer am Schlusse jedes Geschäftsjahres, § 721, nicht nach Ausführung der Geschäfte, wie dies Planck annimmt. Der hier vertretenen Ansicht sind auch Oertmann zu § 713 und Kipp in Windscheid, 8. Aufl., S. 733. Näheres über diese Verpflichtungen vgl. oben S. 26.

3. Ferner hat der Geschäftsführer alles das, was er zur Geschäftsführung erhalten und nicht

2) Ein merkwürdiger Irrtum scheint Oertmann untergelaufen zu sein. Er sagt in seinem Kommentar zu § 664: „Satz 2 legt dem Beauftragten die Pflicht auf

a) von der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen.

Wann das zu geschehen hat, ist nicht gesagt; doch ist aus der unter b mitzuteilenden weiteren Pflicht zu entnehmen, dass es tunlichst vor Erledigung des Geschäfts geschehen soll.

b) Er muss ferner die Entschliessung des Auftraggebers abwarten." Hat Oertmann anstatt „vor der Abweichung" „von der Abweichung gelesen, wie es auch fett gedruckt steht? Anders lässt sich das unter a Gesagte nicht erklären.

verwendet hat, Geräte, Urkunden, Gelder etc. herauszugeben. Über die Frage, ob der geschäftsführende Gesellschafter Eigentümer des ihm zur Geschäftsführung übertragenen Geldes wird, ob es darnach genügt, dass er eine der empfangenen entsprechende Quantität Geldes herausgibt, vergl. Schlossmann in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 43 S. 515 fg., der die Frage verneint.

Ebenso ist das, was der Gesellschafter aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, in die Gesellschaftskasse abzuliefern. § 667 BGB. Verwendet er Gelder, die er nach diesen Vorschriften herauszugeben oder die er für die Gesellschaft zu verwenden hat, für sich, so muss er sie von der Zeit der Verwendung an verzinsen, § 668 BGB. Näheres über die §§ 666 bis 668 vgl. oben S. 27 fg.

§ 11.

Rechte des geschäftsführenden Gesellschafters.

Durch die Übertragung der Geschäftsführung auf einen Gesellschafter erhält dieser unter Ausschluss der übrigen die Befugnis, die ihm überwiesenen Geschäfte mit der Wirkung vorzunehmen, dass die übrigen sie als auf gemeinsame Rechnung gehend anerkennen müssen. Ist eine Spezialisierung oder Beschränkung des Umfangs der Geschäftsführung nicht erfolgt, so nimmt Planck[1] an, dass der Geschäftsführer „berechtigt sein soll, alle Geschäfte für die Gesellschaft vorzunehmen, mit Ausnahme

1) a. a. O. zu § 710.

derer, die dem Zwecke der Gesellschaft fremd sind oder überhaupt nicht unter die Geschäftsführung fallen". Dass er dem Zwecke der Gesellschaft fremde Geschäfte nicht vornehmen darf, ist wohl selbverständlich.[1] Aber soll er wirklich nur solche nicht ausführen dürfen? M. E. kann ein Geschäft sehr wohl dem Zwecke der Gesellschaft entsprechen, ohne dass es in den Rahmen der Befugnis des Geschäftsführers fällt, wenn es z. B. mit solchen Kosten verbunden ist, dass seine Vornahme offenbar der Absicht der Gesellschafter zuwiderläuft.

Die Wirkung der von dem Geschäftsführer befugtermassen vorgenommenen Geschäfte, dass sie nämlich auf gemeinsame Rechnung gehen, äussert sich auch schon vor ihrer Vornahme insofern, als für die zu ihrer Ausführung erforderlichen Aufwendungen auf Verlangen des Gestors aus der Gesellschaftskasse Vorschuss zu leisten ist, § 669 BGB., d. h. aus dem Gesellschaftsvermögen so viel Geld zu Verfügung zu stellen ist, als voraussichtlich nach objektivem Ermessen die Kosten der Vornahme des Geschäfts betragen werden. Kommen die Mitgesellschafter dem Verlangen nicht nach, so braucht der Geschäftsführer nicht tätig zu werden, er kann gemäss § 273 seine Leistung verweigern, bis die ihm gebührende bewirkt ist. Er kann auch auf Zahlung des Vorschusses klagen. Wenn dies auch schon für den Beauftragten allgemein anerkannt ist (im Gegensatz zu den Motiven S. 540, denen sich

1) Vgl. Motive S. 604.

v. W. und Landé[1] anschliesst), so ist die Klage doch sicherlich dem geschäftsführenden Gesellschafter zu gewähren, da doch hier der Grund der Widerruflichkeit wegfällt.

In der Regel steht es im freien Belieben des gerierenden Gesellschafters, ob er Vorschuss verlangen oder die Aufwendungen aus eigenen Mitteln bestreiten und dafür nach § 670 Ersatz verlangen will. Es kann sich aber unter Umständen für ihn die Verpflichtung ergeben, Vorschuss zu verlangen, wenn er z. B. die zur Ausführung der von ihm zu besorgenden Geschäfte erforderlichen Mittel nicht besitzt, er darf dieselben nicht etwa deswegen unterlassen. Hat er aber Aufwendungen aus seinem Vermögen gemacht, so kann er Ersatz für diejenigen verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, aber wieder nur aus dem Gesellschaftsvermögen, nicht etwa dem Privatvermögen der übrigen.

Reicht das Gesellschaftsvermögen nicht aus, so kann er während Bestehens der Gesellschaft keine volle Befriedigung verlangen, denn nach § 707 ist ein Gesellschafter nicht zur Erhöhung des vereinbarten Betrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage verpflichtet. Nach Auflösung der Gesellschaft jedoch steht ihm wegen der Aufwendungen, „für welche ihm die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften", § 733, ein Anspruch auf Ersatz auch aus dem Privatvermögen der Gesell-

1) BGB. S. 174 fg.

schafter zu. Der Umfang dieses Anspruchs gegen den einzelnen richtet sich nach dem Verhältnis, nach welchem derselbe den Verlust zu tragen hat, § 735.

Reicht nun das Gesellschaftsvermögen nicht aus, so kann bei einer nicht auf bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft der Geschäftsführer jederzeit Befriedigung aus dem Privatvermögen zu erlangen suchen, indem er durch seine Kündigung, die allerdings zur Unzeit auch dann nicht geschehen darf, die Auflösung bewirkt. Ist jedoch eine Zeitdauer für die Gesellschaft bestimmt, so wird in der Regel aus dem Grunde der Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens zur Deckung seiner Ersatzansprüche allein eine Auflösung durch Kündigung nicht verlangt werden können, da dies kaum als ein wichtiger Grund anzusehen sein wird. Der Geschäftsführer wird auf volle Befriedigung warten müssen, bis die Gesellschaftskasse vielleicht selbst wieder zahlungsfähiger sein wird, oder die Zeitdauer für die Gesellschaft abgelaufen ist. Doch lassen sich Fälle denken, wo ein Gesellschafter bei nicht sofortiger Inanspruchnahme des Privatvermögens seines Mitgesellschafters überhaupt zu keinem Ersatz für seine Aufwendungen kommen würde, wenn z. B. keine Vermehrung des Gesellschaftsvermögens zu erwarten ist, und der Mitgesellschafter in Vermögensverfall gerät. Unter diesen Umständen kann sogar eine „unzeitige Kündigung“ gerechtfertigt sein.

Compensatio lucri cum damno in dem Sinn, dass der Geschäftsführer sich wegen einer zum Schadensersatze verpflichtenden Handlung damit

entschuldigen könnte, dass er durch andere der Gesellschaft Vorteil gebracht hätte, findet nach BGB. nicht statt, wohl aber insofern, als derselbe Umstand, der zum Schadensersatz verpflichtet, nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile mit sich bringt.[1]

Über die Frage, ob ein Gesellschafter für den Schaden, der ihm anlässlich seiner Geschäftsführung entstanden ist, Ersatz beanspruchen kann, gibt das BGB. ausdrücklich keinen Aufschluss, im Gegensatz zum HGB., das im § 110 bestimmt, „dass ein Gesellschafter Ersatz für die Verluste verlangen kann, die er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, erlitten hat". Zwar war bei den Beratungen der zweiten Kommission ein Antrag gestellt worden, nach dem Vorgange des gemeinen Rechts und des alten HGB., Art. 93, Abs. 1 (jetzt 110) dem Geschäftsführer einen Ersatzanspruch zu geben. Doch wurde der Antrag abgelehnt.[2] Die Frage wird also nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden sein. Das BGB. wird beherrscht von dem Verschuldensprinzip, wonach jemand nur dann zum Schadensersatze verpflichtet ist, wenn er durch sein Verschulden den Schaden verursacht hat. Nur in wenigen Fällen, z. B. § 829, ist von dem Erfordernis eines Verschuldens abgesehen und das deutschrechtliche Veranlassungsprinzip aufgenommen, wonach die blosse Verursachung eines Schadens zum Ersatze verpflichtet. Ist also eine Garantie der Gesellschafter

1) Vgl. Planck a. a. O. Erl. zu § 252 No. 3.
2) Protokolle II S. 424.

für völlige Schadloshaltung aus dem Vertrage nicht zu entnehmen, so haben sie nur Ersatz zu leisten, wenn ihnen bei der Übertragung der Geschäfte ein Verschulden zur Last gefallen ist, wenn sie es z. B. unterliessen, trotz ihrer Kenntnis von einer Gefahr den nichtswissenden Geschäftsführer auf dieselbe hinzuweisen. Kannte dieser die Gefahr, so muss er auch selbst das Risiko der übernommenen Geschäftsführung tragen. Dasselbe ist auch für den Fall anzunehmen, dass beide Teile die Gefahr nicht kannten. Die Motive S. 609 bemerken richtig: „Der Entwurf verweist auch in dieser Richtung durch Schweigen auf allgemeine Grundsätze. Hiernach muss derjenige, der zu einer Leistung verpflichtet ist, auch den Schaden tragen, welchen er bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung erleidet. Dies gilt insbesondere auch für gegenseitige Verträge, sofern nicht ein anderes ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist. Von diesen Grundsätzen in Ansehung des Gesellschaftsvertrages abzuweichen, wäre weder durch Zweckmässigkeits- oder Billigkeitsrücksichten, noch aus einem anderen Grunde gerechtfertigt.“ Übereinstimmend mit der hier vertretenen Ansicht äussert sich Planck,[1] Cosack,[2] Schollmeyer;[3] Oertmann[4] dagegen erkennt nach Analogie des § 110 HGB. dem geschäftsführenden Gesellschafter einen Ersatzanspruch zu,

1) Motive II S. 609.
1) Erl. zu § 713.
2) II. S. 377.
3) a. a. O. S. 76.
4) Erl. zu § 713.

zwar nicht wie im römischen Recht für jeden anlässlich der Geschäftsführung entstandenen, wohl aber für den Schaden, der aus den mit der Geschäftsführung untrennbar verbundenen Gefahren herrührt. Die analoge Anwendung aber der nur für den Geschäftsführer einer offenen Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmung auf diejenigen einer nicht kaufmännischen Gesellschaft müssen wir für unzulässig halten.

Aus dem Wesen der Geschäftsführung durch einen Gesellschafter ergibt sich ein Anspruch desselben auf Vergütung für seine Dienste nicht. Vielmehr wird diese gewöhnlich in seinem Anteil am Gesellschaftsgewinne liegen. Jedoch ist hier keineswegs wie beim Auftrag eine Vergütung ausgeschlossen, es kann ihm eine solche besonders zugesichert sein und sich unter Umständen auch als stillschweigend vereinbart ergeben. Das über den Vorschuss und Ersatz der Aufwendungen Gesagte gilt auch hier; seine Ansprüche aus der Geschäftsführung richten sich während Bestehens der Gesellschaft nur gegen deren Vermögen, nicht auch gegen das Privatvermögen der einzelnen Mitglieder. Ist das erstere nicht genügend, so muss er bis nach der Auflösung warten.

Zweiter Abschnitt.

Die gemeinrechtliche Stellung des Geschäftsführers einer societas.

§ 12.
Verbindlichkeiten desselben.

1. Wie nach BGB., so hat auch nach gemeinem Rechte jeder Gesellschafter die von ihm übernommenen Geschäfte den im Gesellschaftsvertrage getroffenen Bestimmungen gemäss auszuführen, Doch muss man auch andererseits annehmen, dass er unter Umständen von den ihm erteilten Weisungen abweichen darf.[1] Zur ordnungsmässigen Geschäftsführung gehört aber vor allem, dass er die ihm im Vertrauen auf seine eigene Persönlichkeit übertragenen Geschäfte selbst ausführe und nicht substituiere. Tut er dies, so liegt schon darin eine culpa, für die er im Falle des Eintritts eines durch die Substitution entstehenden Schadens schlechthin verantwortlich ist, sei auch er oder der Substitut an dem Eintritt des schädigenden Ereignisses völlig schuldlos.[3] Dies beweist klar die l. 23 D. pro socio 17,2: Et puto omnimodo eum teneri eius nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare culpa ipsius admissum. Gegenüber dem im principium dieser lex ausgedrückten Zweifel des Pomponius, ob der socius admittens, der selbständig mit einem Dritten, dem socius admissus, eine Unter-

1) Vgl. Dernburg, Pandekten II S. 313.
2) Treitschke. Lehre von der Gewerbegesellschaft.
3) Vgl. Hasse, Culpa S. 248.

gesellschaft eingegangen ist, um die ihm aus der ersten Sozietät obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, dieser für einen durch den socius admissus zugefügten Schaden nur seine Klage gegen denselben abzutreten brauche oder sie auf jeden Fall schadlos halten müsse[1] (welcher Unterschied z. B. von Bedeutung würde, wenn der socius admissus insolvent wäre oder sich auf das beneficium competentiae berufe), gibt Ulpian die bestimmte oben angeführte Entscheidung, dass in der blossen Zulassung eines Dritten zu den Geschäften der Gesellschaft eine Verletzung der ihm obliegenden Verbindlichkeit liege, daher er für jeden Schaden einstehen müsse, der der ersten societas durch die Substitution entstanden sei; hätte er selbst auch keine Klage gegen den admissus.[2] Ist dem Geschäftsführer aber die Substitution gestattet, so haftet er nur für culpa in eligendo und instruendo.

Die Frage, ob mangels besonderer Vereinbarung die Verwendung von Gehilfen in Sozietätsgeschäften zulässig ist, ist dahin zu beantworten,[2] dass solche Zuziehung gestattet ist bei Geschäften, die man gewöhnlich nicht selbst verrichtet, von denen daher auch die socii annehmen mussten, dass der Geschäftsführer sie einem anderen übertragen würde; ebenso wenn sie wussten, dass der Geschäftsführer derartige Handlungen auch in seinen eigenen Angelegenheiten nicht selbst ausführt und sie nicht das

1) Haftung für fremde Culpa S. 111.

2) Burchardi, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen S. 53.

Gegenteil besonders ausmachten. In diesen Fällen wird daher der Gestor nur culpa in eligendo und instruendo zu vertreten haben.

Für Aquilische culpa (vgl. oben S. 50) hat der geschäftsführende Gesellschafter schlechthin einzustehen, l. 47 § 1 D. pro socio 17,2: Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt. Bei ausseraquilischer culpa, die er sich bei seiner Geschäftsführung durch Verletzung der durch den Gesellschaftsvertrag begründeten obligatio zu schulden kommen liess, bei desidia et neglegentia, ist die Haftung jedoch auf culpa in concreto beschränkt. Zur Beurteilung, ob er ein ihm der Gesellschaft gegenüber zur Last fallendes Verschulden zu vertreten habe, wird der Massstab angelegt, wie er sich in seinen eigenen Angelegenheiten zu benehmen pflegt, es sei denn, dass er sich eine Fahrlässigkeit habe zu Schulden kommen lassen, die bei fremden Geschäften als culpa lata bezeichnet werden muss, oder dass er auf seine eigenen Geschäfte mehr als die deligentia eines diligens paterfamilias verwende. Letzteres wird allerdings von Treischke[1] bestritten, doch ist wohl der Auffassung Hasses[2] der Vorzug zu geben, nach welcher aussersalb der diligentia diligentis patrisfamilias nichts mehr imputabel ist.

Die Haftung für culpa in concreto war allerdings nicht gleich von allen römischen Juristen anerkannt,

1) a. a. O. S. 57.
2) a. a. O. S. 145.

vielmehr ergibt sich aus § 9 J. de societate 3,25, dass manche wie beim Depositum so auch bei der Gesellschaft nur den dolos zugefügten Schaden prästiert wissen wollten. Es erhielt aber die Ansicht die Oberhand, die den Gesellschafter auch für culpa haften liess, aber nicht für die culpa levissima, d. h. die in der Ausserachtlassung der diligentia eines diligens paterfamilias liegende culpa levis, als deren Endpunkt die culpa levissima anzusehen ist, sondern für die culpa in concreto, l. 72 D pro socio 17,2: Culpa autem non ad exactissimann diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.

Auch in dem Falle, dass dem geschäftsführenden Gesellschafter eine gemeinschaftliche Sache anvertraut wird, hat er hinsichtlich ihrer Bewachung nicht für custodia schlechthin, d. h. die Diligenz eines bonus paterfamilias bei der Überwachung einer ihm übergebenen Sache einzustehen, sondern nur für diligentia quam suis, mit Ausnahme des einen Falles, dass der Wert der Sache, die ihm übergeben, vorher festgestellt worden ist, l. 52, § 3 D, h. t., weil hier seine Verpflichtung nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis, sondern dem besonderen Umstande der Schätzung hervorgeht, vgl. Treischke S. 67.

Kompensation eines culpos zugefügten Schadens mit dem in anderen Fällen durch Anwendung von

1) Hasse a. a. O § 25.

diligentia der Gesellschaft erwiesenen Nutzen findet nicht statt, l. 23. § 1; l. 25; l. 26 D h t. Et ideo si socius quaedam neglegenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum neglegentia, ut Marcellus libro sexto digestorum sripsit.

Wenn beide Gesellschafter sich gleiche Nachlässigheit zu schulden kommen lassen, soll ipso iure Kompensation der für sie gegenseitig sich ergebenden Ansprüche eintreten.[1] l. 10 pr. D de compens. 16,2. Si ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione neglegentiae facta.

2. Nach der Beendigung der Geschäfte hat der gerierende Gesellschafter Rechenschaft und im Falle einer mit Einnahmen und Ausgaben verbundenen Vermögensverwaltung Rechnung abzulegen. l. 9 pr. D de edendo 2,13. Et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio. Näheres über den Inhalt dieser Pflicht s. oben S. 39. Die Verpflichtung zur Rechnungslegung kann der Geschäftsführer durch Rententionseinrede oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht deshalb umgehen, weil ihm selbst aus der Gesellschaft ein gleicher Anspruch gegen den Rechnungsherrn zustehe, vgl. Seufferts Archiv Bd. 1, No. 212, Bd. 25, No. 237, Bd. 29, No. 235. Die letztere enthält folgendes Erkenntnis: „Die Verpflichtung eines jeden von mehreren

1) Vgl. Dernburg, Compensation S. 333.

Gesellschaftern zur Rechnungslegung über die Geschäfte der Gesellschaft, die er geführt hat, steht zu der Verpflichtung der anderen Gesellschafter zur Rechnungslegung nicht in dem Verhältnis von sich gegenseitig bedingenden Leistungen, sie ist nicht ein Äquivalent des einen Gesellschafters für die Verpflichtung des anderen Gesellschafters zur Rechnungsstellung, sie hat vielmehr denjenigen Charakter, welchen bei gewissen einseitigen obligatorischen Verträgen die (nach römischem Recht mit der contraria zu realisierende) zufälliger Weise für den aus dem Vertrage zunächst bloss Berechtigten eintretende Verbindlichkeit hat, wie ja die Entstehung der Verbindlichkeit zur Rechnungslegung abhängt von dem zufälligen Umstand, ob ein einzelner Gesellschafter Geschäfte der Gesellschaft geführt hat oder nicht, also durchaus nicht für jeden Gesellschafter besteht. Nur die Verpflichtung des Klägers zu einer Leistung der ersteren Art, zur Leistung eines Äquivalents für diejenige Leistung, welche er selbst klagend fordert, begründet die Rententionseinrede, beziehentlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

3. Alles, was ein Gesellschafter zu Zwecken der Geschäftsführung erhalten, aber nicht verwendet oder was er dabei eingenommen hat, muss er nach Vollendung der Geschäfte an die Gesellschaftskasse abliefern, gesetzt auch, dass er nur seinen Anteil erhoben hätte. l. 67 pr. D h t. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum. Si unus exe sociis rem communem vendiderit consensu sociorum,

pretium devidi debet ita, ut ei caveatur indemnen eum futurum.[1] Diese Pflicht bezieht sich aber nur auf das für die Gesellschaft, l. 52 pr., l. 74 D h t, l. 52 § 5 D. h. t, und aus dem Gesellschaftsvermögen Erworbene, l. 38, § 1 D, l. 63, § 9 D h t.

Hierher gehört namentlich der Nutzen, welchen er dadurch zieht, dass er Gesellschaftsgeld oder Geld, welches er der Gesellschaft herausgeben müsste, zu seinem eigenen Nutzen verwendet. Dabei ist aber zu unterscheiden:

1. Er kommt mit der Ablieferung anvertrauten oder eingenommenen Geldes in Verzug. Dann muss er Verzugszinsen zahlen, l. 10, § 3 D mand. 17,1; l. 1, § 1 D de usuris 22,1.

2. Er hat sich widerrechtlich in den Besitz von Gesellschaftsgeld gesetzt oder er hat solches für sich verwendet, so muss er, auch ohne dass er in Verzug gesetzt ist, Zinsen zahlen. l. 1, § 1 D. de usuris 22,1. Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterirt, omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae.

3. Er hat Geld für die Gesellschaft gewonnen, dann braucht er nur dann Verzugszinsen zu zahlen, wenn er es für sich verwendet und mit der Ablieferung in Verzug gekommen ist. Fehlt eines dieser beiden Erfordernisse, so ist er von dieser Pflicht befreit. Diese im Widerspruch mit der in der l. 32 § 2 D. de usuris 22, 1 aufgestellten: „In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur“ stehende Regel

1) Vgl. Windscheid II S. 729.

erklärt Glück[1] dahin, dass, „wegen des unter den Gesellschaftern bestehenden Fraternitätsverhältnisses die Zinsen nicht als eigentliche Zinsen, sondern als Ersatz für den sich zugeeigneten Nutzen zu betrachten wären, den der socius während der Zeit gezogen habe, da er sie zur Gesellschaftsklasse hätte abliefern sollen, und den er teilen müsse.

Dem widerspricht auch nicht die ausdrückliche Bestimmung, dass in dem Fall, wo der Geschäftsführer gemeinschaftliche Gelder auf seinen Namen und auf seine Gefahr gegen Zinsen ausleiht, er mit den übrigen nicht zu teilen brauche, l. 67 § 1 D. 17, 2. Denn das schliesst nicht aus, dass die andern trotzdem als Ersatz ihres Interesses landesübliche Verzugszinsen fordern können.[2]

§ 13.

Rechte des Geschäftsführers einer societas.

Aus der durch die Übertragung der Geschäftsführung dem socius gewährten Befugnis, die in den Grenzen seiner Ermächtigung liegenden Geschäfte nicht nur für seine Person, sondern für sämtliche Gesellschafter vorzunehmen, so dass diese gezwungen sind, seine Handlungen auch als sie verpflichtend und berechtigend anzuerkennen, folgt notwendigerweise auch für das gemeine Recht, dass er von ihnen verlangen kann, dass sie die von ihm im

1) a. a. O. Bd. 15 S. 444.
1) Vgl. Glück Bd. 15 S. 444, Treitschke a. a. O. S. 45.

Interesse der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten zu ihrem Anteil übernehmen und ihm für den Fall, dass er in Anspruch genommen werde, Sicherheit leisten, l. 67 pr. D. h. t. Wie der Beauftragte wird ferner auch der geschäftsführende socius wegen voraussichtlicher Auslagen Vorschuss fordern dürfen, vgl. l. 12 § 17, l. 45 pr. D. mand. 17, 1. Für die im gemeinsamen Interesse gemachten Aufwendungen ist ihm Ersatz zu gewähren, l. 38 § 1 D. h. t.; l. 2 C. pro socio 4, 37, nicht nur für solche, die der gemeinsamen Sache unmittelbar zugutekommen, wie die für die Wiederherstellung eines gemeinschaftlichen Grabens gemachten Auslagen, sondern auch die erst mittelbar durch die Geschäftsführung veranlassten, wie Reise-, Unterkunfts- und Transportkosten, l. 52 § 15 D. h. t. Si quis ex socius propter societatem profectus sit, veluti ad merces emendas eos dumtaxat sumptuum societati imputabit qui in eam rem impensi sunt; viatica igitur et meritoriorum et stabulorum, inmentorum carrulorum vecturas vel sui vel sarcinarum suarum gratia vel mercium recte imputabit. Von aufgewendetem Geld kann er nach l. 67 § 2 D. h. t. 17, 2 diejenigen Zinsen verlangen, die er bei verzinslicher Anlegung hätte gewinnen können, also ohne weiteres die landesüblichen Zinsen als den wahrscheinlichsten Gewinn, bei Nachweis eines höheren Schadens natürlich dementsprechend höhere.[1]

Ersatz für den Schaden, der dem Geschäftsführer dadurch entstanden ist, dass er infolge seiner Ver-

1) Vgl. Petrazycki, Lehre vom Einkommen II S. 165.

pflichtungen gegenüber der Gesellschaft seine eigenen Angelegenheiten vernachlässigen musste, kann er nicht verlangen, denn das ist eben die Folge der Übernahme der Geschäftsführung, die ja in seinem freien Belieben stand und deren Folgen er daher auch auf sich nehmen muss, l. 60 § 1 h. t. 17,2

Anders als der Mandatar kann der geschäftsführende Gesellschafter auch solchen Schaden ersetzt verlangen, den er durch Zufall bei der Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten erlitten hat, z. B. Verlust des eigenen Vermögens durch räuberischen Überfall bei einer für die Gesellschaft unternommenen Reise und infolge desselben entstandene Arzt- und Pflegekosten, l. 52 § 40 h. t. Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. Allerdings war dies bei den römischen Juristen nicht unbestritten. Labeo trat dieser Ansicht ausdrücklich entgegen, l. 60 § 1 D. h. t. 17, 2. Er gibt dem Gesellschafter, der bei seinem Widerstande gegen ausbrechende gemeinsame Sklaven verwundet ist, keinen Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten, und zwar mit der Begründung, dass der Aufwand hier nicht „in societatem", für die Gesellschaft, sondern „propter societatem",[1] wegen derselben, gemacht sei. Allein dies ist auch in dem Falle der citierten l. 52 § 4 D. h. t. 17, 1 nicht anders. Ebenso geht aus der l. 58 § 1 D. h. t. hervor, dass Celsus nicht den propter societatem für den einzelnen Gesellschafter eingetretenen, sondern

nur den die Gesellschaft treffenden Verlust gemeinsam getragen wissen will, „quia non societati periit".[1] Justinian aber schloss sich in der l. 61 D. h. t. 17, 2 der Ansicht Julians und Ulpians an. Ulpianus libro trigensino primo ad edictum. Secundum Julianum tamen et quod medicis pro se datum est recipere potest, quod verum est. In dem oben angeführten Beispiel sind also die Heilungskosten dem Gesellschafter zu erstatten.

Selbstverständlich kann der Geschäftsführer nicht solche Schäden ersetzt verlangen, die er hätte vermeiden können, so z. B. wenn er sich für Gesellschaftszwecke in einen wegen des darin sich aufhaltenden Gesindels berüchtigten Wald begibt und überfallen wird. Vgl. l. 203 D. de reg. iur. 50, 17. Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur dannum sentire.

Der Gewährung einer Vergütung für die Geschäftsführung steht auch nach gemeinem Rechte nichts im Wege, wenn dieselbe auch hier wieder meistens in dem Gewinnanteil des gerierenden socius liegen wird.

Dritter Abschnitt.

§ 14.

Unterschiede zwischen der rechtlichen Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters nach BGB. und der gemeinrechtlichen des Geschäftsführers einer societas.

Auf Grund der obigen Darstellung ergeben sich hinsichtlich der rechtlichen Stellung des geschäfts-

1) Vgl. Schirmer, Zeitschrift für Rechtsgeschichte S. 77.

führenden Gesellschafters folgende Unterschiede zwischen dem BGB. und dem gemeinen Rechte:

1. Der Geschäftsführer haftet nach BGB. dafür, dass der Gehilfe, dessen er sich zur Geschäftsbesorgung bedient, mit der Sorgfalt verfahre, die er, der Gesellschafter, in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, nach gemeinem Recht dagegen wieder nur für culpa in eligendo oder instruendo.

2. Das BGB. kennt keine ipso iure Kompensation der aus der Nachlässigkeit mehrerer Geschäftsführer sich gegenseitig ergebenden Ansprüche.

3. Nach BGB. kann der Gesellschafter sich wegen seines Anspruchs aus der Geschäftsführung während Bestehens der Gesellschaft nur an das Gesellschaftsvermögen halten, nach gemeinem Recht auch an das Privatvermögen der einzelnen Mitglieder.

4. Für Schaden, der dem Gesllschafter gelegentlich seiner Geschäftsführung entstanden ist, kann er nach BGB. keinen Ersatz verlangen, wohl aber nach gemeinem Recht.

5. Endlich hat er für die Gesellschaft gewonnenes Geld, das er für sich verwendet hat, nach BGB. stets zu verzinsen, nach gemeinen Rechte dagegen nur, wenn er in Verzug gesetzt ist.

Literaturverzeichnis.

Für das gemeine Recht.

Windscheid, Pandekten.

Dernburg, Pandekten.

Glück, Kommentar.

Sintenis, Zivilrecht.

Unterholzner, Schuldverhältnisse.

Hasse, Culpa.

Treitschke, Lehre von der Gewerbegesellschaft.

Brinkmann, Verhältnis der actio comm. div. und der actio neg. gest. zu einander.

Burchardi, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen.

Wyhs, Haftung für fremde Culpa.

v. Seeler, Das Miteigentum nach römischem Recht.

Bähr, Die Verpflichtung zur Rechnungsablage.

Schlossmann, Eigentumserwerb des Mandatars.

Geib, Die actio communi dividundo.

Carpzow, Definitiones forenses.

Stryk, De cautelis iuramentorum.

Mevius, Decisiones.

Böhmer, Consultationes et Decisiones.

Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses.

Strippelmann, Gerichtseid.

Für das BGB.

Planck, Kommentar zum BGB.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse.

Dernburg, Das bürgerliche Recht.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.

Krückmann, Institutionen des BGB.

Weyl, Vorträge über das BGB.

Landé, BGB.

v. Seeler, Das Miteigentum nach dem BGB.

v. Rümelin, Zur Lehre von der Teilung der Rechte.

Enneccerus und Lehmann, Einführung in das Recht des BGB.

Petrazycki, Lehre vom Einkommen.

Thalmessinger, Begriff der Gemeinschaft. Tüb. Diss. 99.